

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA**

DIPARTIMENTO DI

**SCIENZE GIURIDICHE**

SCUOLA DI DOTTORATO DI

**SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE**

DOTTORATO DI RICERCA IN

**SCIENZE GIURIDICHE EUROPEE E INTERNAZIONALI**

CICLO/ANNO (1° anno d'Iscrizione) **XXX/2014**

**IL POSSESSO TRA (IN)DISPONIBILITÀ E  
CIRCOLAZIONE NEGOZIALE.  
UN'INDAGINE DIACRONICA.**

**S.S.D. IUS 18**




Coordinatore: Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Tutor: Prof. Tommaso dalla Massara

Dottorando: Dott.ssa Marta Beghini

Quest'opera è stata rilasciata con licenza Creative Commons  
Attribuzione – non commerciale  
Non opere derivate 3.0 Italia. Per leggere una copia della licenza visita il sito web:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

-  **Attribuzione** Devi riconoscere una menzione di paternità adeguata, fornire un link alla licenza e indicare se sono state effettuate delle modifiche. Puoi fare ciò in qualsiasi maniera ragionevole possibile, ma non con modalità tali da suggerire che il licenziante avalli te o il tuo utilizzo del materiale.
-  **Non Commerciale** Non puoi usare il materiale per scopi commerciali.
-  **Non opere derivate** — Se remixi, trasformi il materiale o ti basi su di esso, non puoi distribuire il materiale così modificato

MARTA BEGHINI, Il possesso tra (in)disponibilità e circolazione negoziale.  
Un'indagine diacronica, tesi di Dottorato, Verona, 23 aprile 2018  
ISBN \_\_\_\_\_

*Ogni inizio infatti  
è solo un seguito  
e il libro degli eventi  
è sempre aperto a metà*

(Amore a prima vista, Wislawa Szymborska)



## ABSTRACT

La presente ricerca ha per oggetto la disposizione negoziale del possesso in una prospettiva storico-comparatistica. In particolare, attraverso una comparazione diacronica tra il diritto civile vigente e il diritto romano di epoca classica, si vuole mettere in luce che anche una situazione possessoria – tradizionalmente qualificata in termini di situazione di fatto, quindi, in quanto tale, inidonea a circolare *inter vivos* – può circolare, con riguardo al diritto positivo, attraverso un contratto atipico di immissione nel possesso, con riguardo alle fonti classiche, in forza di una manifestazione di volontà idonea a plasmare il suo contenuto.

Ricostruendo i complessi profili relativi alla natura giuridica e alla disciplina del possesso, si vuole valorizzare la definizione di quest'ultimo in termini di potere, nonché la sua autonomia concettuale da ricollegarsi soprattutto al valore d'uso dei beni. Si vuole quindi esprimere la relazione di materiale disponibilità tra un soggetto e la *res* oggetto di cessione nei termini di un'attribuzione patrimoniale, evidenziando quindi una linea di continuità tra passato e presente identificabile nei differenti modelli di emersione della negoziabilità di una situazione possessoria.

The present research focuses on the negotiating disposition of possession in a historical-comparative perspective. In particular, through a diachronic comparison between the civil law in force and the Roman law of the classical era, the project seeks to highlight that also a possessory situation – traditionally qualified in terms of factual situation, therefore, as such, unsuitable to circulate *inter vivos* – may be the object of a negotiating provision in the Roman Law, or an atypical contract for entering into possession in the civil law in force.

Reconstructing the complex profiles related to the juridical nature and the discipline of possession, the work wants to enhance the definition of the latter in terms of power, as well as its conceptual autonomy which is linked above all to the value in use of the goods. It is therefore desired to express the relation of material availability between a subject and the *res*, object to assignment in terms of a capital allocation, thus highlighting a line of continuity between past and present that can be identified in the different models of the emergence of the negotiability of a possessory situation.



# INDICE SOMMARIO

## CAPITOLO I

*Il possesso non si può vendere.*

*Lo stato dell'arte in materia di trasferimento negoziale del possesso  
nell'ordinamento civile vigente.*

1. La disposizione negoziale del possesso: il metodo d'indagine .....	» 1
2. Circoscrivibilità del tema. ....	» 5
3. Considerazioni preliminari sulle esigenze teoriche che giustificano una nuova analisi del tema. ....	» 10
4. Le nozioni di potere e vendita. Alcuni punti fermi. .....	» 16
5. Questioni 'limitrofe' alla vendita del possesso: il contributo della giurisprudenza.....	» 20
6. Cassazione 27 settembre 1996, n. 8528.....	» 22
7. Cassazione 12 novembre 1996, n. 9884.....	» 25
8. Gli indirizzi della giurisprudenza più recente: Cassazione 11 giugno 2014, n. 13222.....	» 27
9. Il caso emblematico del preliminare ad effetti anticipati: Cassazione Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930.....	» 30
10. Il                      perimetro                      delle                      argomentazioni giuridiche.....	» 35
11. Il contributo della dottrina maggioritaria sulla vendita del possesso.....	» 37
12. Cenni alla disciplina del possesso.....	» 40
13. L'autonomia funzionale della situazione possessoria .....	» 45

14. Possesso e detenzione: situazione di fatto e situazione di diritto .....	» 50
15. Il profilo dell'acquisto: <i>traditio</i> , <i>constitutum possessorium</i> e <i>traditio brevi manu</i> . L'estraneità dell'accessione.....	» 54
16. Il principio <i>nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet</i> e la tutela dell'affidamento per negare la vendita del possesso.....	» 62

## CAPITOLO II

### *L'ammissibile circolazione traslativa del possesso. Disponibilità e attribuzione patrimoniale.*

1. Considerazioni preliminari.....	» 70
2. Le differenti ipotesi di trasmissione del possesso.....	» 71
3. L'immissione nel possesso quale fenomeno tipico della prassi notarile.....	» 74
4. I settori emergenti del diritto a rinnovare la riflessione sui concetti giuridici di bene e possesso.....	» 78
5. La giurisprudenza europea: CEDU e diritto di proprietà.....	» 86
6. Istanze de iure condendo di matrice europea.....	» 89
7. La disciplina giuridica del possesso: tracce di una sua circolazione.....	» 95
8. Il c.d. danno da lesione del possesso.....	» 99
9. L'autonomia della situazione possessoria.....	» 100
10. La teoria della rinuncia alla tutela possessoria.....	» 104
11. La c.d. teoria dell'attività.....	» 107
12. La tesi della funzione sociale dei beni.....	» 110
13. Alcune riflessioni sull'accessione.....	» 112



14. Il contratto di vendita con effetti obbligatori: la vendita con riserva della proprietà e la vendita di cosa altrui.....	» 113
15. Il possesso e la relazione <i>factum-ius</i> .....	» 118
16. Il profilo strutturale: la circolazione del possesso mediante contratto atipico.....	» 126
17. Il contratto di immissione nel possesso: considerazioni sull'atipicità e la valutazione della meritevolezza dell'interesse.....	» 132
18. Rivalutazione del criterio della meritevolezza <i>ex</i> 1322, comma 2, cod. civ.....	» 134
19. Applicazione del tipo più simile.....	» 138
20. L'area del 'disponibile': il raffronto con la donazione di bene altrui.....	» 140

### CAPITOLO III

*L'analisi diacronica del problema.  
La percorribilità di un'idea nelle fonti classiche.*

1. Introduzione.....	» 152
2. L'individuazione del tema.....	» 154
3. Il profilo dell'acquisto del possesso.....	» 161
4. La successione nel possesso.....	» 163
5. Le contrapposte teorie 'ortodossa' ed 'eterodossa'.....	» 168
6. Le differenti situazioni possessorie.....	» 173
7. Una lettura differente.....	» 182
8. Lo strumento del raccordo diacronico: il negozio giuridico.....	» 185

9. Il percorso ricostruttivo di un'idea.....	» 189
10. <i>Mancipatio: actio auctoritatis</i> e trasferimento del possesso garantito.....	» 192
11. Differenze tra derivatività dell'acquisto e costituzione di un nuovo possessione.....	» 198
12. La <i>traditio</i> e il trasferimento della <i>vacua possessio</i> .....	» 202
13. L'acquisto derivativo del possesso tramite <i>emptio venditio</i> .....	» 213
14. Il venditore e la principale obbligazione di <i>possessionem tradere</i> .....	» 218
15. Il venditore e l'obbligazione di <i>praestare rem</i> .....	» 225
16. <i>Tradere possessionem</i> ed <i>exceptio rei venditae et traditae</i> .....	» 228
17. L'area tematica della compravendita: il risvolto processuale e la <i>insta causa traditionis</i> .....	» 232
18. La vendita di cosa propria e la rilevanza 'causale' del consenso.....	» 234
19. Il venditore e l' <i>ob evictionem se obligare</i> .....	» 241
20. L'area tematica del possesso: l'apporto della giurisprudenza classica.....	» 246
21. La <i>possessio</i> quale situazione di diritto come un'opinione non isolata.....	» 251
Conclusioni.....	» 259
Bibliografia.....	» 265
Giurisprudenza.....	» 293
Indice delle fonti.....	» 296





# CAPITOLO I

## IL POSSESSO NON SI PUÒ VENDERE. LO STATO DELL'ARTE IN MATERIA DI TRASFERIMENTO NEGOZIALE DEL POSSESSO NELL'ORDINAMENTO CIVILE VIGENTE.

SOMMARIO: 1. La disposizione negoziale del possesso: il metodo d'indagine. – 2. Circoscrizione del tema. – 3. Considerazioni preliminari sulle esigenze teoriche che giustificano una nuova analisi del tema. – 4. Le nozioni di potere e vendita. Alcuni punti fermi. – 5. Questioni 'limitrofe' alla vendita del possesso: il contributo della giurisprudenza. – 6. Cassazione 27 settembre 1996, n. 8528. – 7. Cassazione 12 novembre 1996, n. 9884. – 8. Gli indirizzi della giurisprudenza più recente: Cassazione 11 giugno 2014, n. 13222. – 9. Il caso emblematico del preliminare ad effetti anticipati: Cassazione Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930. – 10. Il perimetro delle argomentazioni giuridiche. – 11. Il contributo della dottrina maggioritaria sulla vendita del possesso. – 12. Cenni alla disciplina del possesso. – 13. L'autonomia funzionale della situazione possessoria. – 14. Possesso e detenzione: situazione di fatto e situazione di diritto. – 15. Il profilo dell'acquisto: *traditio*, *constitutum possessorium* e *traditio brevi manu*. L'estraneità dell'accessione. – 16. Il principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet* e la tutela dell'affidamento per negare la vendita del possesso.

### 1. La disposizione negoziale del possesso: il metodo d'indagine.

La presente indagine ha per oggetto la c.d. vendita del possesso<sup>1</sup> in un'ottica di comparazione diacronica che investe il diritto civile vigente – all'interno del quale si pone la questione – e le fonti del diritto romano classico.

---

<sup>1</sup> Si preferisce utilizzare di seguito l'espressione 'disposizione negoziale del possesso' in quanto idonea ad esprimere più compiutamente l'essenza del fenomeno in oggetto nella prospettiva di indagine che sarà individuata.

Per meglio dire, ciò che si vuole criticamente approfondire è la particolare ipotesi di trasferimento negoziale del possesso, quale fenomeno di successione *inter vivos*<sup>2</sup>.

In particolare, l'obiettivo è quello mettere in luce che il possesso non può essere ridotto ad una mera situazione di fatto: c'è una componente giuridica che non si può disconoscere, oggi come ieri; in altri termini, il possesso integra una situazione 'ibrida' sulla quale ha – da sempre – inciso una manifestazione di volontà, tale per cui il profilo relativo al suo acquisto può qualificarsi come derivativo.

Si cercherà quindi di analizzare il carattere della derivatività dell'acquisto del possesso, quindi l'idea che sia configurabile un contratto avente per oggetto il trasferimento del semplice possesso separato dal diritto di proprietà al quale necessariamente la circolazione possessoria di regola si ricollega.

L'intento è quello di accostare il concetto di possesso a quello di negozio giuridico, tentando di rendere evidente che la causa dell'attribuzione patrimoniale<sup>3</sup> nell'ambito dei diritti *in rem* può leggersi – anche – in termini di passaggio del possesso

---

<sup>2</sup> Si evidenzieranno le difficoltà terminologiche e concettuali legate al termine successione, oltreché ai termini possesso e vendita, sia con riguardo al diritto civile vigente (Cap. I-II) che per quanto attiene il diritto romano (Cap. III).

<sup>3</sup> Può dirsi in termini generali che l'arricchimento nella sfera patrimoniale di un soggetto può assumere diverse configurazioni. R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, 1959, Milano, 283 s.: «può consistere nell'acquisto di un diritto (assoluto, relativo) che abbia contenuto patrimoniale, nella liberazione da un obbligo o da una responsabilità (ad esempio, da una garanzia che fosse stata prestata), nella rimozione di un limite (ad esempio il venir meno di uno *ius in re aliena*), nel conseguimento della materiale disponibilità (possesso) di un bene e così via. (...) Dal punto di vista della natura dell'attività giuridica che può dare luogo a un'attribuzione patrimoniale essa – di regola – consiste in un'attività negoziale: in particolare, si parla di negozi attributivi, caratterizzati dalla produzione di un peculiare effetto, ovvero l'arricchimento di una sfera patrimoniale a spese di un'altra, che si contrappongono ad altre categorie di fattispecie negoziali nelle quali, pur verificandosi una modificazione (ossia un effetto costitutivo) nella situazione giuridica preesistente, non si produce un incremento patrimoniale a favore di una delle parti». Cfr. inoltre B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, Torino, 1894, 120 ss., nonché ID., *Concetto estensione e limiti del diritto di possesso*, Torino, 1900, 26 s.; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, 2 ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodologia-teoria-pratica*, Milano, 1951, 3 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 297 ss., in specie 298 ntt. 3-4; L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 189 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 3 ss.

di una cosa verso un corrispettivo in denaro. In questa direzione l'indagine coinvolgerà l'aspetto strumentale relativo al contratto o al negozio di trasferimento, nonché l'oggetto del trasferimento medesimo, ovvero il possesso<sup>4</sup>.

In senso più ampio, si affronterà lo studio dell'idea di possesso – in relazione al regime relativo alla sua circolazione – quale realtà giuridica avente una identità composita già a partire dall'approfondimento delle fonti classiche<sup>5</sup>.

Si arriverà a dimostrare che esiste all'interno dell'«area del disponibile» – che si espande in un'ottica di continuità tra il diritto civile vigente e le fonti di epoca classica – il fenomeno per cui si può disporre in forza della sola manifestazione di volontà di una situazione possessoria; quest'ultima, realizzando una vera e propria attribuzione patrimoniale in forza del suo contenuto fattuale e giuridico, è disponibile dalle parti: con riguardo al diritto positivo, sorge quindi il problema di individuazione della veste giuridica della fattispecie, ovvero un problema di qualificazione giuridica; in relazione alle fonti classiche, la necessità è quella di indagare le forme giuridiche attraverso le quali tale volontà negoziale si manifesta.

Le conseguenze sul piano giuridico di tale rilettura critica non sono di poco momento: collegare la volontà negoziale alla circolazione del possesso riporta alla luce una relazione che, nello sviluppo diacronico del pensiero giuridico, era sempre stata taciuta. Il possesso è quindi oggi contrattualizzabile dato il contenuto patrimoniale – in termini di attribuzione – che realizza; nel passato, rileggo le fonti senza alcuna griglia concettuale di rigido dogmatismo, per cui posso dire che laddove sia la volontà a incidere sul possesso sto realizzando un'attribuzione patrimoniale.

---

<sup>4</sup> Il possesso integra un tema classico sul quale tantissimo è stato scritto, tanto da essere definito – già con riguardo al diritto romano – come «la più controversa nozione del diritto, il più grande rovello della storia e della dottrina», cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, Parte I, Teoria del Possesso (Anno 1905-906 – Primo Semestre)*, Lezioni, Pavia 1906, 11; una materia «dal volto enigmatico, inafferrabile», in questo senso P. CENDON, *Prefazione a Natoli. Il possesso*, Milano, 1992; una figura del cielo più che della terra, per cui v. R. JHERING, *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869.

<sup>5</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec*, a cura di L. Vacca, 2017, Napoli, 123 ss., secondo il quale la missione scientifica del giurista infatti «anche quando si occupi di storia, comunque parla di idee. E le idee non sono reperti muti, ma vivono uno sviluppo nel tempo, si connettono ad altre idee e disegnano traiettorie comprensibili solo nello sviluppo diacronico (...) che realizza un movimento che inevitabilmente dal presente ritorna al passato, ripercorrendo *à rebour* il corso della storia».

Per quanto concerne l'aspetto metodologico può parlarsi di una micro-comparazione<sup>6</sup>: prendendo in prestito il linguaggio della matematica, la ricerca ha come asse direzionale la dimensione diacronica (gli assi cartesiani del presente, quindi il diritto civile vigente, e del passato, le fonti classiche), come verso un percorso ricostruttivo dall'oggi all'indietro – con uno sguardo ai progetti di codificazione europea sul terreno dei contratti in una prospettiva di armonizzazione del diritto privato – per giungere, mettendo in luce similitudini e discordanze, ad un *quid pluris* di conoscenza per il giurista moderno<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Non è certamente questa la sede per una digressione sul problema del metodo; basti un richiamo a quanti sono convinti dell'utilità di uno studio avente una matrice storica anche in relazione ai problemi dell'oggi. Sul tema v. di recente, M. BREONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 1994; F. LAMBERTI, *La comparazione diacronica in tema di diritto*, in *Labeo*, XLI, 1995, 118 ss.; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 703 ss; P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 453 ss.; L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 66; O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 109 ss; A. GUARNIERI, *Diritto romano, tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 667 ss; D. MANTOVANI, *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e Metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli 2007, 51 ss.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romanocivilistica italiana del primo Novecento*, Torino 2007; L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008; F. MACARIO, *'Recuperare l'invisibile'. Una riflessione sulla storicità del diritto civile (leggendo 'La solitudine dello storico del diritto' di Pio Caroni)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011, 195 ss; C. PELLOSO, *Ius, νόμος, ma'at. Inattualità e 'alterità' delle esperienze giuridiche antiche*, in *Lexis*, XXX, 2012, 17 ss.; V. SCALISI, *Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 501 ss.; L. GAROFALO, *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano, Convegno ARISTEC (Roma, 10-11 ottobre 2014)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017, 1 ss.; T. DALLA MASSARA, *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, cit., 123 ss.

<sup>7</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, cit., 123. Infatti, «chi studia il diritto non studia 'cose', ma studia idee: non sarebbe pensabile di concentrare l'attenzione su un'idea del passato senza considerare che intorno a un certo giacimento di conoscenza del passato si propagano onde che lo collegano ad altri giacimenti di conoscenza variamente distribuiti lungo l'asse del tempo. L'archeologia delle idee che è richiesta al romanista impone dunque la conoscenza del presente, non meno che quella del passato, per ricostruire le linee di continuità e discontinuità che quelle stesse idee percorrono».



Il presupposto di tale indagine risiede nell'impossibilità di rinvenire nello stato dell'arte – nelle tesi maggioritarie che negano la vendita del possesso e nelle tesi minoritarie che invece l'ammettono – una soluzione che possa dirsi, in punto di diritto, convincente: si tenterà di sviluppare la ricerca, a partire, come si vedrà, dalla supporto offerto dalla prassi notarile, valorizzando poi una disamina storica che, «accanto allo scopo di descrivere il processo storico al quale vanno soggetti gli istituti giuridici»<sup>8</sup>, permette di «rivelare la formazione e la contingenza delle costruzioni dottrinali, che la dogmatica tende a considerare come concetti e tipi assoluti e immutabili»<sup>9</sup>.

Le categorie giuridiche hanno una funzione descrittiva in quanto sono specchio nel mondo di oggi di una determinata concezione dogmatica, necessariamente mutevole nel tentativo costante di adeguarsi alla realtà socio-economica di riferimento: si tratta di rinvenire similitudini e differenze tra i modelli concettuali presi a confronto.

Vale la pena ribadirlo: ciò che si vuole sostenere attiene al profilo dell'acquisto derivativo del possesso, all'interno del quale si vuole evidenziare che la situazione (di fatto) individuata dal potere sulla cosa può dirsi fisiologicamente – o prevalentemente – connessa con attività negoziali.

Il fine della presente indagine non è quello meramente definitorio – ciò che si vuole esplorare è l'essenza economico-giuridica di un concetto –, per cui risulta necessario circoscrivere il precipuo campo di indagine.

## 2. Circoscrivibilità del tema.

Dal punto di vista del contenuto, ciò che bisogna tenere presente è la necessità di distinguere tutte quelle ipotesi in cui l'immissione del possesso costituisce un effetto mediato del contratto posto in essere, da quelle in cui vi sia una effettiva causa di scambio a giustificare il trasferimento del mero possesso verso il corrispettivo di un prezzo.

---

<sup>8</sup> La riflessione di P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, 1 ss., si rivaluta in chiave diacronica.

<sup>9</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 1.

Ancora, restano necessariamente fuori dalla presente ricerca gli ulteriori profili relativi alla circolazione – conservazione e perdita – del possesso, se non nella misura in cui siano funzionali ad una comprensione d'insieme dell'istituto, nonché le ipotesi di acquisto del possesso a titolo originario per occupazione o usucapione della *res*.

In termini generali, si può contrapporre il trasferimento del possesso da parte di chi è anche proprietario del bene al trasferimento realizzato dal mero possessore, ovvero quella particolare fattispecie nella quale il soggetto 'dante causa' cede – o si impegna a cedere – il solo possesso, scisso dalla titolarità formale del bene in quanto non proprietario della *res*.

Focalizzando l'attenzione alla seconda fattispecie, esulano dal campo di indagine sia tutte quelle ipotesi di circolazione del possesso che si configurano quale conseguenza 'naturale' della fattispecie acquisitiva del diritto di proprietà posta in essere – nelle quali, quindi, la 'successione' nel possesso è un effetto correlato direttamente al trasferimento del diritto reale, previsto dall'applicazione delle norme di legge – che quelle nelle quali il proprietario del bene voglia cedere il solo possesso, disinteressandosi per il momento di cedere anche la proprietà.

Queste ultime, in particolare, integrano ipotesi che importano il sorgere di differenti situazioni di appartenenza: laddove infatti l'interesse del cedente sia quello di 'spogliarsi' del possesso del bene – mantenendone la proprietà – il cessionario può ricorrere alle varie forme di godimento che rinvergono una disciplina autonoma all'interno del codice civile, come la detenzione per il tramite del contratto di locazione, ovvero il possesso in relazione alla costituzione del diritto di usufrutto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. Artt. 1571 ss., con riguardo alla locazione. Si veda in termini generali con riferimento alla locazione G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1972; P. ZANNINI, voce *Locazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 94 ss.; S. GIOVE, *Della locazione (artt. 1571-1614)*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Artt. 1548-1654, Torino, 2011, 273 ss. Artt. 978 ss. per quando riguarda invece il diritto di usufrutto, per il quale all'art. 981 si prevede che, con riferimento al contenuto del diritto, «l'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettarne la destinazione economica. Egli può trarre dalla cosa ogni utilità che questa può dare»; all'art. 982, possesso della cosa: «l'usufruttuario ha diritto di conseguire il possesso della cosa di cui ha l'usufrutto. Con riferimento all'usufrutto cfr. A. DE CUPIS, voce *Usufrutto (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1111 ss.; L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, II, Torino, 2011.

Risulta evidente che in tali fattispecie il consenso negoziale manifestato dalle parti non è certamente orientato al trasferimento del possesso sui beni, ovvero non interviene a plasmare una situazione di acquisto del possesso.

Sullo sfondo di queste fondamentali distinzioni, permane il rapporto con il diritto di proprietà e, ancora prima, dal punto di vista logico, i rapporti *factum-ius*. Tuttavia, se risulta chiaro che non è possibile prescindere da alcuni approfondimenti in materia di circolazione del diritto di proprietà – con peculiare attenzione al profilo della pienezza della situazione giuridica soggettiva che si trasferisce –, non si deve all'opposto incorrere nell'errore di impostare la questione tramite una prospettiva formalistica interessata a distinguere la mera situazione di fatto dalla titolarità del diritto, titolarità che sola sembrerebbe fondare la legittimazione a disporre dei beni oggetto del diritto medesimo<sup>11</sup>.

Come è già stato evidenziato, infatti, la corretta prospettiva di per affrontare il problema della circolazione negoziale del possesso potrebbe essere quella volta ad indagare – sul piano sistematico – i caratteri strutturali del possesso e i profili funzionali dei congegni negoziali da un lato, gli scopi pratici che le parti intendono perseguire dall'altro<sup>12</sup>.

All'interno del breve saggio di Padula che si occupa per la prima volta del tema della circolazione negoziale del possesso vi è un'indicazione preziosa di metodo, una sorta di 'provocazione' che s'intende raccogliere e sviluppare con ordine: «solo chi si lasciasse trasportare da fuggevoli ricordi romanistici o dilatasse il campo della sua indagine al di là del nostro paese, infatti, potrebbe riconoscere come appropriato il richiamo alla vendita del possesso (di per sé stesso considerato)»<sup>13</sup>. Ed è anche dalla comparazione con il modello di matrice romanistica che, come vedremo, si cercherà di ricostruire una possibile vendita del possesso<sup>14</sup>.

Focalizzando l'attenzione al possesso, può dirsi senza dubbio che gli studi più recenti, oltre a ribadire la modernità della tematica possessoria, offrono interessanti spunti di indagine, soprattutto in termini di analisi economica del diritto, in forza dei

---

<sup>11</sup> Cfr. *infra*, Cap. II.

<sup>12</sup> Si veda B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003, 3 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è a L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 831 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *infra*, Cap. III.

quali si perviene ad una nuova considerazione del fenomeno possessorio in tutta la sua complessità<sup>15</sup>.

Quest'ultima travalica infatti i confini del '*ius civile*', manifestando profonde ricadute anche con riguardo al settore del diritto penale; senza addentrarsi nella disanima dei reati di possesso – dovendo circoscrivere l'analisi all'area del diritto privato può solo accennarsi che la primigenia configurazione dei termini *possidere* e *possessio* presenta profondi legami con l'ambito penale<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Per una disamina sul tema della vendita del possesso si segnalano i principali contributi: L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 831 ss.; S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, in *Corriere giur.*, 1997, 315 ss.; P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e «trasferibilità del possesso»*, in *Corriere giur.*, 1997, 162 ss.; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.; G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.; B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., *passim*; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007; EAD., *La circolazione traslativa del possesso*, in *St. iuris*, 2010, 22 ss.; T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Milano, 2015, 2664 ss.; C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016. Più di recente, C. CICERO, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, in *Notariato*, 2017, 1077 ss.

<sup>16</sup> Su questo aspetto con riguardo all'ordinamento giuridico romano v. B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1972, 26 ss., in specie nt. 3 che riporta le fonti letterarie in materia, tra le quali spicca il riferimento a Cicerone che propone un nuovo significato di *possidere* come sinonimo di illecita detenzione o possesso di cosa sottratta o usurpata. Risulta quindi evidente la relazione con il delitto di furto, laddove, per esempio, al *dolus malus* – coscienza del soggetto agente di *contrectare* la cosa altrui – si sostituisce nel diritto postclassico l'*animus furandi*. Sul punto con riferimento al diritto romano v. E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, in *Studi di diritto romano*, 3. *Obbligazioni*, Milano 1936, 209 ss.; C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *AG*, 47, 1891, 423 ss. Di recente, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008. Per quanto riguarda i rapporti tra possesso il diritto penale vigente v. da ultimo I. SALVADORI, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016. Il possesso nel diritto penale moderno assume rilevanza in relazione alla *res*, ovvero a determinati caratteri del reo. Ciò che preme evidenziare è, in ogni caso, la nozione di possesso in termini di rapporto di disponibilità: ciò che il diritto sanziona, infatti, è la sussistenza di tale relazione fattuale – la condotta di possesso – non la legittimazione a disporne. Anche qui, come accade in ottica europea – riferendosi alla CEDU e al diritto di proprietà nell'ottica della dematerializzazione –, ovvero in ottica nazionale con riguardo per esempio

Parlare di possesso significa parlare di cose; parlare di *res*, significa affrontare il rapporto tra l'uomo e il mondo giuridico dal punto di vista delle relazioni di fatto che questo impone o pone; significa, in altri termini, dare rilevanza a relazioni che sul piano giuridico possono considerarsi tali – c'è chi lo ha sostenuto – anche solo in forza della loro dimensione oggettiva, prima che soggettiva. Significa trovare il giusto equilibrio tra fatto e diritto, interpretando la realtà esperienziale con la lente giuridica, offrendo validità e fondamento a qualcosa che s'impone come tale attraverso la forza dei fatti.

Per quanto concerne la struttura dell'indagine vi sarà una prima parte, *pars destruens*, volta a riprodurre lo stato dell'arte di dottrina e giurisprudenza – ancora dominanti – contrarie ad ammettere una qualsivoglia circolazione traslativa del possesso<sup>17</sup>.

Vi sarà poi una seconda parte che possiamo definire – a contrario – *pars construens*, la quale mira a rinvenire argomenti positivi per la risoluzione del problema giuridico, ricercando strutture e modelli comparabili nel diritto positivo e nel diritto romano classico<sup>18</sup>.

Per quanto concerne l'indagine ricostruttiva nel diritto positivo, la soluzione più idonea dal punto di vista della struttura e della funzione sarà individuata dallo strumento del contratto atipico: l'immissione nel possesso può essere qualificato un interesse meritevole di tutela *ex* 1322, comma 2, cod. civ., che realizza l'attribuzione patrimoniale nel possesso dei beni.

In particolare, si vuole arrivare a dimostrare che l'area del 'disponibile' – formula descrittiva di molteplici fattispecie che saranno approfondite nel corso dell'indagine – nell'ambito dell'autonomia privata, quindi l'area del 'ciò di cui posso disporre' travalica i confini del diritto soggettivo sino a ricomprendere tutte quelle situazioni ibride di appartenenza *a non domino* idonee a circolare secondo i modelli riconosciuti dall'ordinamento<sup>19</sup>.

---

ai beni comuni, la tendenza è quella di dare preminenza alla disponibilità fattuale e non alla titolarità formale della cosa. V. anche T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattale delle fonti*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, I, Napoli, 2014, 161 ss.

<sup>17</sup> Cfr. *infra*, Cap. I.

<sup>18</sup> V. Cap. II-III.

<sup>19</sup> Si veda nello specifico il Cap. II.

L'attenzione per quanto attiene la *pars construens* in chiave storica sarà in una prospettiva assolutamente classica<sup>20</sup>. Si affronteranno le 'tracce' espressive di una circolazione negoziale del possesso, le 'forme di emersione' della disposizione negoziale del possesso che attraversano differenti figure del diritto privato romano.

In particolare, si guarderà alle fonti relative al contratto di *emptio venditio*, con particolare riguardo al profilo – ancora oggi problematico – inerente alle obbligazioni del venditore, quella principale di *possessionem tradere*<sup>21</sup> e quella relativa all'evizione; alle figure della *traditio* e della *mancipatio*, nonché, in conclusione, al problema della natura giuridica del possesso.

Il *fil rouge* è verificare se e come nel mondo romano poteva accadere che il mero possesso – la *vacua possessio* – fosse trasferito da un soggetto ad un altro tramite una disposizione negoziale, quindi in forza della sola manifestazione di volontà dei soggetti coinvolti. In altri termini, si vuole interpretare in chiave negoziale il profilo dell'acquisto del possesso, al fine di superare la visione – ancora oggi dominante – che ritiene impossibile interpretare il rapporto tra l'elemento della volontà espressa all'interno di una fattispecie negoziale e il possesso.

L'aspetto peculiare della ricerca risiede quindi nella volontà di accostare due concetti apparentemente ossimorici: negozio, espressione della volontà delle parti contraenti, da un lato e possesso, quale situazione di fatto, dall'altro, dimostrando che già a partire dalle fonti del diritto romano la facoltà di trasferire il possesso per il tramite di un meccanismo negoziale.

### 3. Considerazioni preliminari sulle esigenze teoriche che giustificano una nuova analisi del tema.

---

<sup>20</sup> Si veda nello specifico il Cap. III.

<sup>21</sup> In termini generali, le tesi sono riconducibili al pensiero di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1956 e di G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, 51 ss.

In via di prima approssimazione, può dirsi senza dubbio che il fenomeno del possesso nella sua complessità risulta preso in considerazione nel nostro ordinamento sotto varie angolature.

Innanzitutto, dalle norme di diritto privato: all'interno della più generale categoria dell'appartenenza, e delle forme giuridiche attraverso le quali questa si manifesta, è disciplinato nel codice civile all'interno del libro terzo dedicato alla proprietà<sup>22</sup>, sia con riguardo alla sua definizione<sup>23</sup> – sulla quale vi sono non pochi profili

---

<sup>22</sup> Il riferimento è al Titolo VIII 'Del possesso', libro III 'Della Proprietà' del Codice Civile (di seguito cod. civ.).

<sup>23</sup> Art. 1140 cod. civ.: «Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa». Vale subito la pena precisare che Infine, rispetto al possesso quale situazione di fatto, va distinto il diritto di possesso (*ius possessionis*), quale diritto del possessore alla conservazione della cosa contro gli atti di spoglio e molestia. Il possessore non ha come tale il diritto al possesso (*ius possidendi*) ma ha il diritto di non essere spogliato o molestato. Questo diritto di possesso non è un diritto reale né un diritto di credito, ma è un'autonoma figura di diritto soggettivo tutelata nella vita di relazione contro ingerenze da parte di terzi. Cfr. in termini generali si veda C.A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 323 ss.; G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 79 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.; R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 491 ss.; A. MONTEL, voce *Possesso (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 333 ss.; U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992; A. MELA, *Il concetto di possesso. Un'indagine di teoria generale del diritto*, Torino, 1993; R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2000; A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato Rescigno. La proprietà*, II, Torino, 2002; B. TROISI, *I possessi*, in *Trattato Perlingieri*, III, 9, Napoli, 2005; A. MASI, *Possesso e detenzione*, in *Diritto civile (Lipari Rescigno)*, II, Milano 2009; R. OMODEI SALE, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012; S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012; T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, cit., 2264 ss.

di incertezza –, sia per quanto concerne la sua tutela<sup>24</sup>; è richiamato inoltre nella disciplina relativa all'usucapione<sup>25</sup> e nella regola possesso vale titolo<sup>26</sup>.

Ancora, compare agli artt. 1192 ss. cod. civ., che riservano al possessore del titolo di credito la possibilità di presentare il documento all'emittente, per pretenderne con successo la prestazione; all'art. 982 cod. civ., come già accennato, nella forma dell'«esclusione dell'ingerenza di un secondo soggetto controinteressato» con riguardo al diritto dell'usufruttuario di conseguire il possesso dei beni; all'art. 485 cod. civ., per l'ipotesi in cui il chiamato all'eredità si trovi a qualsiasi titolo nel possesso dei beni ereditari, per cui grava su di lui l'obbligo dell'inventario; all'art. 528 cod. civ., che prevede la nomina di un curatore dell'eredità nell'ipotesi in cui il chiamato non abbia accettato l'eredità e non sia nel possesso dei beni.

---

<sup>24</sup> Cfr. *infra*, § 13.

<sup>25</sup> Artt. 1158 ss. cod. civ., quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario. Gli elementi essenziali sono, come noto, il possesso – pacifico, pubblico, continuo e non interrotto – e il decorso del tempo, sul presupposto dell'inerzia del titolare del diritto: l'esercizio effettivo del diritto da parte del soggetto titolare è causa interruttiva dell'usucapione. Cfr. C. RUPERTO, voce *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 101 ss.; R. SACCO, voce *Usucapione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1999, 561 ss.; E. GUERINONI, *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2009; L. VACCA, *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012; T. DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare. I beni e la proprietà*, II, diretto da G. Visintini, Padova, 2013, 1433 ss.

<sup>26</sup> Artt. 1153 ss. cod. civ., il quale configura – come noto – la fattispecie di acquisto di beni mobili – non applicandosi per le universalità di beni mobili e per i beni mobili registrati – mediante il possesso di buona fede quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario in base all'acquisto diretto del possesso del bene, all'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, alla buona fede soggettiva che deve sussistere al momento della trasmissione del possesso. In particolare, l'art. 1155 dispone che nel caso in cui taluno con successivi contratti alieni a più persone il medesimo bene mobile, prevale colui che per primo ne consegue in buona fede il possesso, indipendentemente dalla data del titolo. Cfr. L. MENGONI, voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1987, 71 ss.; R. MESSINETTI, voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, III, Milano, 1999, 24 ss.; M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2008, 599 ss.



Tuttavia, è necessario tenere a mente che il significato di possesso all'interno di questi ultimi articoli citati è fatto in termini generali, quindi come un'espressione generica, comprensiva anche della detenzione<sup>27</sup>.

Il codice civile definisce altresì i 'beni'<sup>28</sup>, il contenuto del diritto di proprietà<sup>29</sup> nonché la disciplina dei suoi modi di acquisto<sup>30</sup> ma, senza vietare espressamente la

---

<sup>27</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 503, il quale ritiene che «ogni parola porta con sé la memoria della propria storia. Non fa eccezione alla regola – a quanto ci è dato da vedere – la parola possesso, che ora significa potere di fatto accompagnato da comportamenti corrispondenti all'esercizio di un diritto reale, ora si estende a comprendere anche la detenzione, o alcune forme di detenzione. Cfr. su quest'ultimo aspetto R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., *passim*.

<sup>28</sup> Art. 810 cod. civ.: «Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». Cfr. S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche d'appartenenza*, Milano, 1982; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 131 ss.; AA.VV., *I beni e la proprietà*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, I, Padova, 2013.

<sup>29</sup> Art. 832 cod. civ.: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». Cfr. L. BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1943; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 270 ss.; U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XV, Torino, 1996, 443 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1996; C.M. BIANCA, *La proprietà*, Milano, 2017; AA.VV., *Proprietà e possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2008; O.T. SCOZZAFAVA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, II, Milano, 2009; T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *CeI Europa*, 2010, 724 ss.; U. MATTEI, voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir.*, Ann. V., Milano, 2012, 1117 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 2013; T. DALLA MASSARA, *Il diritto di proprietà*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Milano, 2015, 350 ss.

<sup>30</sup> Artt. 922 ss. cod. civ.: «La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge». In relazione all'occupazione si veda A. TRABUCCHI, voce *Occupazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 617 ss.; E. GUERINONI, *L'estinzione del diritto di proprietà*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2009, 886 ss. Per quanto concerne la commistione si veda G. BONILINI, voce *Commistione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1988, 10 ss.; nonché la bibliografia ivi citata. Per quanto riguarda l'accessione cfr. F. SALARIS, voce *Accessione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1989, 1. Per quanto concerne l'unione, B. POZZO, voce *Unione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1999, 519 ss. Con riguardo alla specificazione, cfr. O. BUCCISANO, voce *Specificazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 270 ss., nonché A. GAMBARO, voce *Specificazione*,

vendita del possesso, non contiene una disciplina né dei beni oggetto di possesso né, soprattutto, dei suoi modi di acquisto.

Tale scelta, anche se non decisiva per intraprendere uno specifico percorso di ricerca, non può essere irrilevante e nemmeno casuale, a fronte delle differenti struttura e funzione del possesso rispetto alla proprietà, tali da suggerire, come vedremo, una profonda autonomia sistematica<sup>31</sup>.

È soprattutto con riguardo al profilo relativo alla tutela del possesso che risulta possibile evidenziare la complessità del fenomeno in oggetto<sup>32</sup>. Il riconoscimento nel nostro codice, come in altri sistemi giuridici, di una situazione di fatto – quale quella possessoria – idonea ad essere tutelata può dirsi senza dubbio necessario sulla base di vari principi fatti propri anche dal nostro ordinamento.

---

in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1998, 28 ss.; E. GUERINONI, *Accessione, Unione e Commistione, Specificazione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morelato, I, Milano, 2009.

<sup>31</sup> L'autonomia della situazione possessoria viene ancorata anche al dettato costituzionale, tanto da spingere parte della dottrina (cfr. *infra*, Cap. II, § 12) a fondare il riconoscimento della circolazione del possesso in quanto funzionalmente autonomo dal diritto di proprietà. V. art. 42 Cost.: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità».

<sup>32</sup> La *ratio* sottesa alla tutela del possesso è stata interpretata in maniera differente: 1) la tesi avanzata da chi riconduce la ragione della tutela del possesso alla necessità di assicurare la pace sociale, evitando e vietando l'autotutela privata (v., per tutti, G. SEGRÈ - A. MONTELLI, *Il possesso*, Torino, 1956, 251 ss.); 2) quella di chi ne rinviene la *ratio* nella necessità di assicurare una tutela celere, stante le difficoltà di discernere *prima facie* se chi esercita un potere di fatto corrispondente ad un dato diritto ne è poi l'effettivo titolare o meno; 3) la ricostruzione di chi riscontra la necessità di tutelare il possesso sulla base della considerazione che lo stesso costituisce una forma di presunzione di titolarità e pertanto spesso anticipazione della tutela proprietaria (v., in tal senso, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, II, Milano, 1965, 245 ss.); 4) l'approccio di chi ritiene che la tutela possessoria costituirebbe un avamposto della tutela proprietaria e, quindi, un suo completamento, che quindi esclude che la prima abbia una propria autonomia concettuale (G. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, 1933 ss., 751). In termini generali, si veda C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989; A. LEVONI - C. CONSOLO, *Possesso (azioni a tutela del possesso: in generale. Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, 1998, 1 ss.; F. LOCATELLI, voce *Possessorio (giudizio)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, *Aggiorn.*, 2007, II, Torino, 2007, 939 ss.; L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, cit., *passim*.

In particolare<sup>33</sup>, l'esigenza al mantenimento della pace sociale – prerogativa collettiva a che sia garantito il pacifico godimento dei beni, a non subire spogli o molestie, e ad evitare che questi si traducano in giustizia privata – si contrappone ad un'esigenza individualista, per cui la tutela del possesso avrebbe anche lo scopo di conservare e proteggere il possessore in qualità di soggetto cui faceva capo una determinata situazione di fatto giuridicamente rilevante<sup>34</sup>.

L'istituto del possesso, disseminato nel sistema normativo di diritto civile, si manifesta quindi quale realtà materiale produttiva di rilevanti conseguenze giuridiche sul piano dei rapporti di scambio tra privati, senza tuttavia che sia possibile ricavarne un'unica configurazione, al di là della tradizionale definizione in termini di *res facti*<sup>35</sup>.

Senza dubbio si tratta di un istituto del quale è necessario operare una rivisitazione per quanto concerne l'ordinamento civile vigente al fine di comprendere se sia possibile individuare profili di supporto alla presente indagine.

Ciò che emerge è infatti una profonda autonomia del fenomeno possessorio rispetto alle altre forme di appartenenza: si tratta, in termini generali, del potere effettivo connesso alla disponibilità di un bene, dell'esercizio di una serie di poteri corrispondenti al diritto di proprietà che, senza contrapporsi con esso, gli accorda la

---

<sup>33</sup> Anticipando quanto sarà approfondito con riguardo alla disciplina del possesso nel codice civile, cfr. *infra* § 12.

<sup>34</sup> Cfr. M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, Torino, 2012, 79 ss., in specie 101 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017, 544 ss., nonché A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 716 ss. Si veda anche, A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 313; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, 500 ss.; nonché P.M. VECCHI, *Possesso, possesso dei diritti e dei beni immateriali ed acquisto del diritto mediante decorso del tempo*, in *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, a cura di E. Conte-V. Mannino-P.M. Vecchi, Torino, 1999, 129 ss.; C. TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 10. C'è anche chi si è spinto oltre, come lo Jhering, riconducendo la tutela del possesso all'esigenza di una «pronta protezione della proprietà» e cioè di un «dominio presunto», altrimenti non vi sarebbe ragione di distinguere tra possesso e detenzione. Cfr. L. LUPI, in L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, ne *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, III, Milano, 2012, 253; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, 6, Milano, 1999, 722 che riporta la c.d. «teoria di Jhering», tratta da R. VON JHERING, *Über den Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1869.

<sup>35</sup> Si parla in proposito di una situazione soggettiva complessa derivante dallo speciale valore economico del bene patrimoniale possesso. In questo senso C. CICERO, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, cit., in specie. 1090.

sua forza finché non sia dimostrato il contrasto con l'altrui diritto<sup>36</sup>; garantire allora una risoluzione alle vicende circolatorie risulta essenziale.

#### 4. Le nozioni di potere e vendita. Alcuni punti fermi.

I contorni della materia da indagare attengono da un lato alla nozione di possesso in termini di 'potere sulla cosa', dall'altro lato, al profilo circolatorio riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata, declinata nello strumento negoziale, nonché contrattuale.

In particolare, dalla definizione normativa emerge l'idea che il Legislatore non definisce il possesso come diritto, ma riduce il fenomeno ad una situazione soggettiva di potere. Il possesso è identificato nell'attività che costituisce estrinsecazione delle facoltà connesse all'esercizio del diritto reale; non si è in presenza di possesso se l'attività non corrisponde all'esercizio del diritto reale o se si è di fronte all'esercizio di situazioni diverse da quelle reali<sup>37</sup>.

Al fine di integrare la fattispecie possessoria è necessario che si verifichi una situazione di materiale disponibilità del bene idonea a ricalcare la struttura di un

---

<sup>36</sup> G. DIURNI, voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 57 ss., in specie 57, secondo il quale: «il tautologismo della definizione del possesso, che origina da una statica situazione di detenzione, dell'art. 685 del codice del 1865, si tramuterà nell'art. 1140 del codice vigente in una espressione altrettanto tautologica (il possesso è il potere sulla cosa). Per sfuggire alla gabbia fattuale e statica della posizione di detenzione, la figura accolta nel codice vigente, pur se considerata nella sua dinamica, viene costretta in un'altra gabbia concettuale, quella della proprietà, quasi si trattasse di una sottospecie e venisse valutata semplicemente quale situazione di fatto. Le varianti introdotte nel testo attuale rispetto a quelle dei precedenti codici, pur se appaiono non del tutto coerenti, sono comunque evidente espressione della stessa ideologia, che esprime e realizza la libertà individuale di godimento e di disposizione (e quindi, anche di abuso) nella centralità dell'istituto della proprietà. Trattasi per altro della figura fondante dell'autonomia privata, realizzatasi sulla spinta della rivoluzione francese con la codificazione nel duplice aspetto della libertà soggettiva (titolarità di diritti) e dell'autonomia della persona (estrinsecazione delle facoltà) nella sfera dei rapporti giuridici privati. Vengono riconosciute a tutti pari possibilità (uguaglianza) per il conseguimento dei propri fini leciti di utilità individuale (libertà) sotto la sovranità assoluta della legge, prodotto della volontà generale». Cfr. inoltre, G. DIURNI, voce *Possesso (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 467 ss.

<sup>37</sup> Cfr. da ultimo, C. CICERO, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, cit., 1081.

rapporto giuridico reale. In forza di questa struttura il possesso si lega indissolubilmente alla cosa e, in termini diversi, alla persona, caratterizzandosi per la sua stabilità.

Il profilo legato alla natura giuridica del possesso costituisce, come si avrà modo di verificare, uno dei profili più discussi da parte della dottrina, tanto da spingere alcuni autori a ritenere ammissibile una circolazione traslativa del possesso qualificando il possesso medesimo in termini differenti rispetto ad una situazione di fatto<sup>38</sup>.

In questa sede ci si vuole concentrare maggiormente sulla lettera della norma, ovvero sull'inciso «il possesso è il potere sulla cosa», che rende da subito evidente la necessità di affrontare il rapporto tra diritto soggettivo e potere giuridico, tratteggiando i contorni del problema. Analizzare il significato del potere giuridico nella sfera del diritto privato significa fare riferimento ad una molteplicità di manifestazioni<sup>39</sup>.

In termini generali – con riferimento al *posse*<sup>40</sup> – il concetto di potere emerge come prerogativa del soggetto distinta dalla capacità di agire e dalla capacità giuridica<sup>41</sup>: indica la «dimensione oggettiva della possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto privato di operare nella realtà giuridica, cioè di agire conseguendo un risultato utile, per sé o per altri, che può consistere tanto nella modificazione di questa realtà, quanto nella sua conservazione-attuazione»<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. Cap. II, § 10 ss.

<sup>39</sup> Cfr. in termini generali A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.

<sup>40</sup> Risulta doveroso chiarire che il termine potere è stato influenzato dall'uso che il linguaggio legislativo fa del verbo potere che viene riferito all'esercizio di un diritto soggettivo. Cfr. V. FROSINI, voce *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 440 ss.; F. GALLO, *Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, XVI, 1970, 17 ss.; C. PINELLI, *Riflettendo su diritto e potere nella storia romana*, in *Iura*, LVI, 2006-2007, 236 ss.; L. SANDIROCCO, *Diritto e potere: apparenti opposti in rapporto comparativo*, in *Riv. dir. rom.*, XV, 2015, 1 ss.

<sup>41</sup> Cfr. V. FROSINI, voce *Potere (teoria generale)*, cit., 440, in cui l'Autore specifica che «con il termine potere viene fatto riferimento, in senso generale, all'esercizio della capacità giuridica del soggetto di promuovere delle modificazioni nell'ordine giuridico di relazione, le cui conseguenze siano a carico di altri soggetti: esso concerne dunque l'attuazione giuridica di una potenzialità conferita ad una situazione giuridica soggettiva».

<sup>42</sup> A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, cit., 614.

Nell'ambito degli atti di autonomia negoziale di amministrazione della realtà giuridica – questo è l'ambito che rileva nella presente indagine – la nozione di potere si manifesta appunto come esplicazione dell'autonomia quale forma più intensa di espressione dei poteri di gestione della sfera del soggetto. In particolare, il potere di disporre, compreso nel potere di amministrazione della propria sfera giuridica, costituisce un aspetto nell'ambito del potere di autonomia del soggetto che, di regola, compete al titolare di un diritto disponibile: il potere in questione si manifesta quindi come una particolare attitudine del soggetto, espressione del più generale potere di gestione.

Si deve però tenere a mente il filo conduttore dell'indagine, per cui la nozione di potere deve essere riletta in relazione all'idea di possesso: come si configura il rapporto tra potere e possesso? E ancora, nell'identificazione di un rapporto giuridico, quale può essere la corretta relazione tra potere giuridico e diritto soggettivo?

Con riguardo al primo quesito, come è già stato anticipato, la definizione di possesso si componga «di una nota generica (il potere sulla cosa) ed una nota specifica (l'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale, come modo di estrinsecazione del potere)<sup>43</sup>. Si parla quindi in maniera generica di potere, ma un dato emerge come certo: la parola possesso che compare disseminata in tutto il codice civile<sup>44</sup> viene intesa agli artt. 1140 ss. cod. civ. come uno stato, per cui assume il significato più caratteristico quando è distinto dalla detenzione.

Di regola, tale stato integrante il possesso assume un'aggettivazione ulteriore: è un potere di fatto, quale signoria fisica o economica sulla cosa. Ai fini dell'acquisto risulta necessario verificare una situazione di astensione dei terzi nei confronti della *res*, come quella che si deve mantenere nei confronti del proprietario-*dominus* della *res* medesima. L'ingerenza che il soggetto del potere deve esercitare nei confronti della cosa varia e solo la casistica può definire il grado di intensità. In altri termini, possessore è chi ha la concreta possibilità di esercitare sulla *res* tutte quelle ingerenze che ha diritto di esplicare il *dominus* del diritto, nonché il titolare di un diverso diritto reale, essendo

---

<sup>43</sup> In questo senso R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 502.

<sup>44</sup> Cfr. *supra*, § 3.

necessario che «la disponibilità materiale di un bene di espliciti in conformità alla struttura di un rapporto giuridico reale»<sup>45</sup>.

Ancora, occorre che tale potere di fatto si «manifesti in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale».

Accade però che il concretizzarsi dell'attività non sia sempre riconducibile all'esercizio di un diritto reale; così come – a contrario – «talune forme di attività corrispondente all'esercizio di un diritto non valgono a costituire il possesso»<sup>46</sup>. Si può quindi ritenere correttamente interpretato il requisito dell'attività intendendo la necessità che il soggetto del potere manifesti una qualche forma di ingerenza – attuale o potenziale – nei confronti della cosa, senza tuttavia tradursi in circostanze idonee a contraddire il rapporto giuridico reale sulla medesima cosa.

Il secondo elemento costitutivo è tradizionalmente identificato nell'*animus*, ovvero «nell'intenzione di comportarsi e farsi considerare come titolare di quel diritto reale, a cui corrisponde il potere di fatto della cosa»<sup>47</sup>. Senza approfondire in questa sede la storia dell'*animus*, basti dire che per valorizzare il *focus* della nostra indagine l'*animus* diviene una delle chiavi di lettura del fenomeno circolatorio, perché attraverso quest'elemento si giustificano o si ostacolano trasferimenti, si legittimano posizioni, si intersecano differenti profili giuridici.

In particolare, occorre dire che l'elemento della volontà costituisce un elemento indicativo dell'acquisto o del passaggio del possesso: «come nel negozio giuridico ha valore, non tanto la volontà in sé, quanto l'atto (di regolamento degli interessi) che diventa impegnativo dal momento che si estrinseca e si pone socialmente in essere, così assai più qui, nel possesso, che è difeso proprio come semplice stato di fatto obiettivo nei rapporti tra possessore e non possessore, non conta tanto la volontà quanto la sua realizzazione: la volontà (...) ha importanza dal momento in cui si traduce in atto, in quanto crea o colora lo stato di fatto e il titolo (...) del possesso determinato quindi l'acquisto (...) dell'effettivo potere di fatto instaurato»<sup>48</sup>.

Infine, con riguardo allo strumento di circolazione, qualche breve osservazione merita la nozione di vendita.

---

<sup>45</sup> Cfr. C. TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, cit., 11.

<sup>46</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 506.

<sup>47</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 510.

<sup>48</sup> Cfr. A. MONTEL, voce *Possesso (dir. civ.)*, cit., 342.

Il riferimento all'articolo 1470 ss. cod. civ., identifica quel contratto bilaterale, a titolo oneroso, a effetti reali e a effetti obbligatori che realizza la circolazione della ricchezza nel senso più ampio di questa espressione, intendendo quindi il trasferimento della proprietà di una cosa mobile, immobile, di un altro diritto, oppure un titolo di credito.

La lettera della disposizione sembra circoscrivere il campo di applicazione al solo ambito del diritto soggettivo, precludendo un qualsivoglia dibattito intorno alla possibilità di rendere il mero possesso – separato dal diritto corrispondente – oggetto di trasferimento.

Tuttavia, due sono gli indici che preme evidenziare sin da subito, nell'ottica di ritenere ammissibile l'operazione che si è prospettata: da un lato, con riferimento alla definizione di cui all'art. 1140 cod. civ., il concetto di potere in termini di signoria economica, al fine di valorizzare il concetto di attribuzione patrimoniale che può ricollegarsi al possesso; dall'altro lato, con riferimento all'art. 1470 cod. civ., il riferimento più ampio alla circolazione della ricchezza, che importa una valutazione oltre l'area del diritto soggettivo.

Al fine di procedere all'approfondimento di tale profilo attraverso il metodo che si è scelto – nell'opera di ricostruzione che s'intende proporre –, occorre partire dall'analisi della questione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti; questo – oltre che prodromico dal punto di vista logico – risulta fondamentale per comprendere il perimetro della presente indagine, per definire il problema in termini tecnico-giuridici il più possibile chiari.

## 5. Questioni 'limitrofe' alla vendita del possesso: il contributo della giurisprudenza.

Al fine di 'saggiare' la rilevanza pratica di un tema occorre necessariamente fare riferimento all'intervento della giurisprudenza le cui pronunce sono, oggi più che mai, diritto vigente.

In particolare, è sempre più evidente il fenomeno per il quale è possibile ritenere vincolante un orientamento giurisprudenziale, con la conseguenza che, come nel caso della vendita del possesso, le argomentazioni giuridiche della giurisprudenza



sono – a maggior ragione se effettuate in sede di Sezioni Unite – diritto vivente, veri e propri *leading cases*, imprescindibili per la risoluzione di un problema giuridico<sup>49</sup>.

La Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata soltanto di recente sullo specifico tema della vendita del possesso; in particolare, il riferimento è a due sentenze del 1996, le quali, seppur isolate nel panorama giurisprudenziale, si susseguono ad una brevissima distanza di tempo resolvendo definitivamente la questione in termini negativi<sup>50</sup>.

In precedenza, la giurisprudenza – anche se con pronunce numericamente scarse – si era occupata di questioni ‘limitrofe’ relative all’applicazione della norma in materia di accessione-successione nel possesso<sup>51</sup>.

Da un lato, era intervenuta con riguardo al tema dell’accessione del possesso di cui all’art. 1146, comma 2, cod. civ.<sup>52</sup>: in particolare – al fine di verificare la possibilità per il successore a titolo particolare di godere degli effetti del possesso unendo al proprio possesso quello del suo autore – si era interrogata sulla necessità di aversi un titolo idoneo a trasferire la proprietà o un altro diritto reale. In particolare, secondo la

---

<sup>49</sup> Si tratta di un atteggiamento quello proprio della giurisprudenza che attiene al tema più generale di evoluzione del sistema delle fonti. Senza poter ricomprendere in questa sede tutte le fasi evolutive al riguardo può dirsi che oggi è possibile chiarire come nel nostro ordinamento sia vigente l’efficacia vincolante di un orientamento giurisprudenziale. Sul punto v. R. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; R.J. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004; M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 109 ss.; M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, 2009, Milano; M. REIMANN - R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006; N. LIPARI, *Il ruolo del Giudice nella Crisi delle Fonti del Diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 479 ss.; G. CHIODI - D. PULITANÒ, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013; J. KOMÁREK, *Reasoning with Previous Decisions. Beyond the Doctrine of Precedence*, in *American Journal of Comparative Law*, 2013, 149 ss.

<sup>50</sup> Cfr. *infra* § 6-7.

<sup>51</sup> Il riferimento normativo è all’art. 1146 cod. civ. sul quale vedi *infra*, Capitolo II, § 7. Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 12, in specie nt. 34: «tutte le pur poche pronunce che si sono occupate della trasferibilità del mero possesso erano relative ad ipotesi in cui la cessione del possesso non costituiva l’effetto immediato del contratto, ma una sorta di effetto minore stante l’impossibilità giuridica di dar vita all’effetto maggiore programmaticamente avuto di mira: l’alienazione di un bene gravato da usi civici, prima del decreto di legittimazione, e la vendita, prima del verificarsi degli effetti dell’usucapione, rappresentano, in tal senso, le situazioni paradigmatiche».

<sup>52</sup> Cfr. Cass., 14 dicembre 1989, n. 5623, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Possesso* n. 12.

Corte di Cassazione «il principio della accessione del possesso, ai sensi dell'art. 1146, comma 2, cod. civ., (...) ai fini dell'usucapione, non può operare quando sia stata dichiarata la risoluzione del suo titolo d'acquisto»<sup>53</sup>.

Ritiene quindi necessaria la sussistenza di un titolo – astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o un altro diritto reale – efficace; l'orientamento risulta in parte rivisto da chi ritiene che anche un titolo invalido sarebbe stato idoneo a realizzare l'effetto dell'accessione, con ricadute immediate per quanto concerne il tempo dell'usucapione<sup>54</sup>.

Dall'altro lato, si era soffermata sul concetto di 'autore' richiamato sempre dall'art. 1146, comma 2, cod. civ.<sup>55</sup>. In particolare, la giurisprudenza è più volte intervenuta al fine di chiarire la ricaduta pratica di tale nozione con riguardo alla disciplina del possesso: l'ipotesi di riferimento è quella di una successione di vendite di cosa altrui inerenti lo stesso bene<sup>56</sup>.

In relazione all'istituto dell'accessione del possesso, la Corte, ampliando il concetto di autore, ha ritenuto che il soggetto avente causa può unire il proprio possesso a quello del dante causa: l'ultimo può unire il «proprio possesso a quello del costruttore del bene sul suolo altrui, purché questo avesse posseduto *uti dominus*»<sup>57</sup>.

6. Cassazione 27 settembre 1996, n. 8528.

Effettuata un'introduzione in termini generali e chiarito il metodo d'indagine che s'intende seguire, occorre ora inquadrare la specifica questione con riferimento alla normativa vigente, attraverso la ricognizione dello stato dell'arte nel quale l'impostazione prevalente che – è solo il caso di anticiparlo – tende a negare una qualsivoglia circolazione traslativa del possesso.

---

<sup>53</sup> Cfr. *Mass. Giur. It.*, 1989.

<sup>54</sup> Cass., 11 dicembre 1981, n. 6552, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Possesso* n. 16.

<sup>55</sup> Cass. 26 novembre 1986, n. 6977, in *Foro pad.*, 1988, I, 229.

<sup>56</sup> Come noto, in estrema sintesi, la vendita di cosa altrui integra quel contratto ad efficacia traslativa differita, nella quale il compratore acquista automaticamente la proprietà del bene, una volta che di questo sia divenuto titolare il venditore. Cfr. *infra*, Cap. II, § 14.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 26 novembre 1986, n. 6977.

La vicenda che ha portato per la prima volta la Suprema Corte di Cassazione a pronunciarsi sullo specifico tema della vendita del possesso è relativa ad un contratto di compravendita preceduto, come spesso avviene nella pratica degli affari, da un contratto preliminare<sup>58</sup>.

In relazione alla fattispecie concreta, può dirsi brevemente che l'attore aveva promesso la vendita della proprietà di alcuni terreni e del solo possesso di altri fondi – gravati da diritti d'uso civico – al soggetto convenuto, il quale, pur essendosi obbligato ad acquistarli, si è poi rifiutato di addivenire alla stipulazione del definitivo. L'attore, quindi, si è rivolto al giudice al fine di ottenere l'emanazione di una sentenza che, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., fosse produttiva degli effetti del contratto non concluso.

Nel primo grado di giudizio, il convenuto eccepiva la nullità del preliminare poiché concernente beni inalienabili, in quanto gravati da diritti d'uso civico; veniva così rigettata la domanda attorea e – conseguentemente – dichiarata la nullità del contratto preliminare perché avente ad oggetto la posizione di occupatore arbitrario (quindi una situazione di mero fatto).

Nel giudizio d'appello – a contrario – veniva confermata la validità del contratto preliminare e constatata quindi la trasmissibilità del possesso di terreni gravati da usi civici<sup>59</sup>. In breve, la Corte di appello di Bari, ritiene che l'attore ha trasferito, con effetto dal momento del pagamento del residuo prezzo, la situazione possessoria di occupatore, di cui agli art. 9 e 10 della legge n. 1766 del 1927, applicabile ai terreni, indicati nel contratto preliminare, nonché ogni diritto, compreso l'utile dominio degli appezzamenti di terreno, riportati nel medesimo contratto.

Premesso infatti che tra le parti era stato concluso un contratto preliminare, la giurisprudenza di merito ne ha ritenuta la validità sul presupposto che oggetto della promessa era stato il possesso sui terreni: in particolare, ad avviso della Corte, la situazione possessoria poteva formare oggetto di contratto preliminare, essendo

---

<sup>58</sup> Cfr. Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Foro it.*, 1997, I, 2604 ss. e in *Contratti*, 1997, 468 ss., con nota di A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*. Si veda inoltre P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità del possesso"*, cit., 162 ss. e I. CIMATTI, *È nullo per impossibilità dell'oggetto il contratto preliminare per un fondo gravato da uso civico*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 1998, 99.

<sup>59</sup> Cfr. Corte di Appello di Bari del 14 febbraio 1994, secondo cui dalla promessa di vendita non era comunque emersa la volontà dei contraenti di non addivenire al trasferimento dei beni, indicati nella scrittura contrattuale.

generatrice di diritti ed espressamente tutelata dagli art. 9 e 10 della legge n. 1766 del 1927. Ritiene – in definitiva – ammissibile la trasmissione del possesso dei terreni d'uso civico, e di conseguenza, la validità dell'intera promessa di vendita.

La questione a questo punto veniva rimessa alla Corte di Cassazione, la quale è intervenuta confutando le 'teorie innovative' della Corte d'appello.

Il giudice di legittimità ha rilevato, in primo luogo, l'impossibilità di aversi la cessione di mere situazioni di fatto, anche se giuridicamente protette<sup>60</sup>; in secondo luogo, la nullità del contratto preliminare atipico con cui le parti si erano obbligate al trasferimento per impossibilità dell'oggetto; in terzo luogo, ha sostenuto che non fosse possibile per i giudici addurre, a sostegno della tesi della trasmissione contrattuale del possesso, la disciplina normativa dell'accessione dal momento che, ai fini della sua operatività, è necessario che a monte della situazione possessoria vi sia un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, titolo che nel caso di specie non esisteva.

Vale la pena di riportare l'argomentazione fatta propria dalla Cassazione, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1146, comma 2, cod. civ.: «la norma non prevede affatto la trasmissione del possesso da un soggetto all'altro, ma soltanto la possibilità per il successore a titolo particolare (acquirente o legatario) di unire al proprio possesso quello distinto e diverso del dante causa per goderne gli effetti».

Il ragionamento posto alla base della soluzione offerta dalla Suprema Corte è da ricondurre in prima istanza alla nozione di possesso contenuta nell'art. 1140 cod. civ.: se, infatti, il possesso è «il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività», quindi non è un diritto, ma è un'attività e «un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa», il possesso non può essere trasferito mediante un contratto; il sillogismo adoperato dalla Corte sembra apparire perfetto.

In definitiva, il contratto preliminare atipico con cui le parti si erano obbligate – rispettivamente – ad alienare e ad acquistare la sola situazione possessoria, deve considerarsi nullo ai sensi degli artt. 1418 e 1325 cod. civ. per impossibilità dell'oggetto.

---

<sup>60</sup> V. artt. 9 e 10, l. 16 giugno 1927, n. 1766. Per demanio civico si indica quel complesso di beni che, pur non rientrando nella categoria di cui agli artt. 822 e 824 cod. civ., sono comunque soggetti al vincolo di indisponibilità tipico dei beni demaniali.

Qualche breve considerazione in merito al concetto di impossibilità. L'impossibilità dell'oggetto che rende nullo il contratto, infatti, ricorre qualora la prestazione non possa essere obiettivamente eseguita per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato a cui essa è diretta<sup>61</sup>. Risulta evidente che il richiamo alla categoria dell'impossibilità in questa sede sia riferito a quella di tipo oggettivo, non sussistendo una prestazione impossibile *in rerum natura*; in particolare, l'impossibilità oggettiva si ha quando l'oggetto del contratto non può essere dedotto nel contratto medesimo per la sussistenza di un divieto legislativo<sup>62</sup>.

7. Cassazione 12 novembre 1996, n. 9884.

Come si è poco sopra anticipato, la Corte di Cassazione è intervenuta sulla medesima questione giuridica in tempi rapidissimi: è stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad una fattispecie che consente di mettere più a fuoco la relazione tra accessione e circolazione del possesso sotto l'angolo di visuale del contratto di vendita<sup>63</sup>.

Nel caso di specie, l'attore, dopo aver regolarmente acquistato da un terzo i due sesti di due vani terranei di cui era stato precedentemente conduttore, conveniva in giudizio tre sorelle, proprietarie dei restanti quattro sesti, al fine di sciogliere la comunione sull'immobile. Le convenute erano da poco succedute *mortis causa* alla

---

<sup>61</sup> Cfr. Cass. 20 luglio 1987, n. 6362, in *Rep. Foro it.*, 1987, Contratto in genere, n. 292. Più di recente v. Cass. 30 settembre 2008, n. 24313, in *Giust. Civ. mass.*, 2008, per cui deve tuttavia ritenersi valido il contratto preliminare di compravendita di un terreno edificabile nel caso in cui la destinazione urbanistica prevista nel contratto non sia impossibile da conseguirsi in modo assoluto, ma esclusivamente differita temporalmente con l'ottenimento da parte del comune di un piano di lottizzazione.

<sup>62</sup> La manualistica riporta l'esempio della vendita del Foro romano, quale *res extra commercium*. Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017, 790 s. Si può aggiungere ancora la compravendita di edificio abusivo, o di un bene demaniale.

<sup>63</sup> Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss., con nota di M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*. Cfr. anche la nota alla sentenza di S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto "apolide" in cerca di cittadinanza*, cit., 315 ss.;

madre – proprietaria dei quattro sesti dell'immobile in forza di un atto stipulato diversi anni prima –, con il quale il precedente proprietario-alienante aveva dichiarato espressamente di voler trasferire 'anche il possesso assoluto ed esclusivo' dei due vani.

La pretesa, nello specifico, trovava fondamento nel possesso del bene protratto per oltre vent'anni, possesso che aveva condotto quindi ad usucapire il bene medesimo e, in particolare, anche la rimanente quota di due sesti di proprietà del dante causa dell'attore, successivamente ceduti a quest'ultimo.

La tesi delle sorelle era quindi la seguente: la madre avrebbe acquistato per usucapione anche i rimanenti due terzi; di conseguenza, l'atto di cessione dei due sesti di proprietà era da considerarsi improduttivo di alcun effetto.

La domanda attorea veniva accolta nei primi due gradi di giudizio; in particolare, i giudici avevano ritenuto mancante l'accertamento dell'usucapione. Le convenute, tuttavia, prospettavano una nuova linea difensiva, sostenendo di poter addivenire al medesimo risultato facendo ricorso all'istituto dell'accessione del possesso: unendo il proprio possesso a quello del dante causa, avrebbero potuto infatti acquistare la totalità dell'immobile a titolo originario.

È chiamata ad intervenire sulla questione la Suprema Corte di Cassazione, la quale si muove sul terreno dell'argomentazione giuridica posta alla base del ricorso presentato dalle sorelle.

Il ragionamento della Corte sottintende in primo luogo la tesi secondo cui oggetto di un atto pubblico di compravendita non può essere il possesso di un immobile separato dal trasferimento del diritto di proprietà del bene su cui lo si esercita; in secondo luogo, come conseguenza assai rilevante sul piano pratico oltreché giuridico, ritiene che da tale trasferimento non possano discendere gli effetti di cui all'art. 1146 cod. civ. in materia di accessione del possesso.

In particolare, in relazione al contratto di compravendita, ritiene che quanto sostenuto dalle convenute sia inconciliabile con il disposto di cui all'art. 1470 cod. civ. relativo al contratto di compravendita: oggetto di tale contratto, infatti, può essere solo «il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto», per cui, anche se oggetto di vendita possano essere pure diritti di natura non reale, resta comunque da escludersi che a fondamento di un tale tipo di contratto possa esservi «qualcosa che, pur avendo rilevanza giuridica, non costituisca tuttavia un diritto».

Il possesso, in quanto potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, non rientra tra i possibili oggetti di un contratto di compravendita<sup>64</sup>.

Con riguardo all'accessione, i giudici di legittimità ammettono che «il trasferimento del possesso può avvenire anche al di fuori di ipotesi negoziali o di successione *mortis causa*, come semplice atto giuridico, allorché un soggetto consegna ad un altro soggetto una cosa, rinunciando al potere che aveva sulla stessa, che comincia ad essere esercitato dall'altro soggetto, ma in tale caso non si verifica l'accessione del possesso prevista dall'art. 1146», la quale si avrebbe qualora vi fosse un titolo traslativo del bene che forma oggetto del possesso, anche se viziato, purché astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale.

Nelle argomentazioni proposte e nell'enunciazione dei principi le due sentenze<sup>65</sup> risultano perfettamente coerenti e offrono un panorama chiaro secondo il punto di vista della giurisprudenza in relazione al problema giuridico della vendita del possesso. Non sarebbe azzardato considerarle, per l'*idem sentire*, un tutt'uno inscindibile con le tradizionali tesi dottrinali che saranno di seguito approfondite.

#### 8. Gli indirizzi della giurisprudenza più recente: Cassazione 11 giugno 2014, n. 13222.

Nell'affrontare le argomentazioni poste alla base della giurisprudenza di legittimità per dichiarare nullo il contratto di vendita del possesso emerge quella relativa alla nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto, quindi per mancanza di uno dei requisiti previsti all'art. 1346 cod. civ.

Di recente, la Corte di Cassazione è intervenuta in relazione ad una fattispecie che si inserisce perfettamente sul filone individuato dalle sentenze precedenti<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> In particolare la Corte precisa che «risultano anche sufficientemente chiare le ragioni per le quali il termine 'autore', usato dal Legislatore nell'art. 1146 cod. civ., non può avere altro significato che quello di precedente titolare del diritto trasferito», escludendo in radice la trasferibilità del mero possesso.

<sup>65</sup> V. Cass. 12 novembre 1996, n. 9884 e Cass. 27 settembre 1996, n. 8528.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. 11 giugno 2014, n. 13222, in *Notariato*, 2014, 544; in *Giur. it.*, 2014, con nota di C. SGOBBO, *Il possesso rimane res facti intrasferibile per contratto*, 2675.

La domanda attorea verteva sulla domanda di risoluzione di un contratto preliminare relativo alla vendita di un immobile insieme ad ogni diritto su una porzione di orto; in secondo luogo, chiedeva la declaratoria di nullità del contratto, nonché la condanna dei convenuti in solido per il risarcimento dei danni morali e materiali e per la restituzione del doppio della caparra versata. In particolare, l'attore nelle proprie memorie difensive faceva valere sia la sottoscrizione di una proposta di acquisto dell'immobile subordinata all'ottenimento di un'autorizzazione – mai ottenuta – relativa ad un balcone nonché ad una visura relativa ad un orto, che la stipula del contratto preliminare con cui si era impegnato a trasferire anche ogni diritto sulla porzione di orto.

Il soggetto convenuto opponeva che prima della stipula del preliminare era stato chiarito all'attore che per l'orto non era previsto il trasferimento della proprietà, ma del solo possesso e che la mancata indicazione del balcone nelle mappe catastali costituiva solo un errore materiale imputabile agli uffici del catasto, poi corretto, per cui negava un proprio inadempimento. Veniva quindi eccepito l'inadempimento del promissario acquirente che, più volte invitato davanti al notaio per il rogito, aveva sempre disertato gli appuntamenti, affermava di essere legittimamente receduta dal contratto e di avere diritto a trattenere la caparra.

Le domande attoree veniva rigettato dal Tribunale di Milano, per cui veniva proposto appello; la Corte di Appello di Milano rilevava, con particolare riguardo alla materia in esame, che il contratto preliminare era stato sottoscritto quando l'attore aveva già ricevuto sia l'atto in forza del quale il bene era pervenuto alla promittente venditrice, sia la piantina catastale e quindi aveva piena consapevolezza che la promittente venditrice si era impegnata a trasmettere non già la proprietà, ma il mero possesso dell'orto, possesso in effetti ancora praticato e praticabile; inoltre che la mancata indicazione del balconcino nella mappa catastale non costituiva irregolarità edilizia da sanare, perché non era stato indicato in mappa per un mero errore materiale, tanto che alla mancata indicazione era stato posto rimedio nell'arco di poche settimane dalla scoperta con la mera predisposizione di una successiva planimetria; infine che nessun termine essenziale risultava apposto per la stipula del rogito, tanto più che non era stata inviata alcuna diffida ad adempiere né alcuna messa in mora per la regolarizzazione del balcone.



In definitiva, non poteva dirsi sussistente alcun inadempimento della promittente venditrice, ma inadempimento del promissario acquirente che si era rifiutato di stipulare il definitivo con giustificazioni che la Corte d'Appello riteneva solo pretestuose.

Viene quindi proposto ricorso alla Suprema Corte di Cassazione; occorre prestare attenzione in particolare al quarto motivo, con il quale il ricorrente deduce la violazione degli artt. 1325, 1346, 1418 e/o 1453 cod. civ.

In particolare, il ricorrente – dopo avere premesso che nel contratto preliminare era stabilito che era compreso nella vendita il possesso come fin qui praticato e ogni diritto dei venditori su porzione di orto – sostiene che sarebbero state violate le norme di diritto per le quali deve ritenersi nullo il contratto con il quale le parti si obbligano a cedere un bene incluso in un progetto di opera autostradale e per le quali è nullo il contratto con il quale le parti si obbligano ad acquistare o a trasferire una situazione possessoria che, invece, non può essere trasferita disgiuntamente dal diritto.

Il quesito di diritto formulato dalla Corte è il seguente: «se il possesso dell'orto poteva essere trasferito senza il trasferimento del diritto reale e se l'espropriazione dell'orto costituiva motivo di nullità del contratto per inesistenza dell'oggetto e per violazione di norme imperative o giusto motivo di risoluzione»<sup>67</sup>.

La Corte ritiene che il contratto preliminare in esame sia affetto da nullità parziale e non totale come in precedenza ritenuto essendo stato previsto il trasferimento di un possesso che, invece, non è suscettibile di atti di trasferimento<sup>68</sup>.

Tuttavia, facendo seguito alle argomentazioni della giurisprudenza precedente, ritiene sia corretto affermare l'impossibilità della cessione di mere situazioni di fatto e in particolare del possesso se disgiunto dal diritto di cui esso costituisca l'esercizio.

---

<sup>67</sup> Cass. 11 giugno 2014, n. 13222.

<sup>68</sup> In particolare, la Corte ritiene che sia applicabile il principio secondo il quale l'invalidità della cessione di uno solo dei beni ceduti determina soltanto la nullità parziale del negozio *ex* art. 1419 cod. civ., a meno che non sia provato che le parti non avrebbero concluso il contratto senza il trasferimento invalido, non potendo desumersi l'invalidità del contratto neanche dalla quantificazione unitaria del corrispettivo, da ritenersi comunque determinata o determinabile anche all'esito della complessiva entità del trasferimento immobiliare.

Il contratto preliminare atipico con cui le parti si obbligano a tale trasferimento può ritenersi è nullo ai sensi degli artt. 1418 e 1325 cod. civ., per impossibilità dell'oggetto, anche considerando che «l'*animus possidendi* che connota il possesso, per la sua soggettività, può essere proprio soltanto di colui che attualmente possiede e non di chi ha posseduto in precedenza»<sup>69</sup>.

Come è stato sottolineato, il tema dell'ammissibilità del trasferimento del possesso trova sempre la «sua origine e causa nell'inquadramento giuridico che viene dato al possesso e nell'atteggiarsi dell'*animus possidendi*»<sup>70</sup>.

9. Il caso emblematico del preliminare ad effetti anticipati: Cassazione Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930.

La questione nei termini puntuali in cui è stata posta nelle sentenze approfondite in precedenza non è più stata affrontata dalla giurisprudenza più recente; tuttavia, in occasione di controversie attinenti a profili 'limitrofi', la Cassazione ha avuto modo di approcciare quesiti la cui risoluzione ha richiesto – forse addirittura presupposto – un esplicito richiamo all'indirizzo giurisprudenziale sulla questione attinente alla circolazione del possesso.

Si tratta dell'istituto del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, fattispecie privilegiata di applicazione del problema circolatorio in cui si verifica la tenuta dei principi enunciati nelle sentenze dell'autunno 1996.

La Cassazione è intervenuta a Sezioni Unite nel 2008<sup>71</sup>, facendo luce su una questione che divideva le varie sezioni della Suprema Corte, riguardante la

---

<sup>69</sup> Cass. 11 giugno 2014, n. 13222.

<sup>70</sup> C. SGOBBO, *Il possesso rimane res facti intrasferibile per contratto*, cit., 2675.

<sup>71</sup> Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008, 384 ss., con commento di G. GIULIANO, *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*; ma anche in *Guida dir.*, 2008, 19, 23 ss., con nota di P., *Possibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1039 ss., con nota di G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284 ss., con commento di S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*; in *Obblig. contr.*, 11, 2008, 905 ss., con nota di C. TOMASSETTI, *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*; in *Contratti*, 2008, 995 ss., con commento di D. CAVICCHI, *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*; in *Dir. giur.*, 2009, 105 ss.,

qualificazione della consegna del bene anticipata al momento della conclusione del contratto preliminare – e non con la stipula del definitivo – in termini di possesso o di detenzione<sup>72</sup>.

La vicenda può riassumersi nei termini seguenti.

Due soggetti stipulano un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un bene immobile; il promissario acquirente, ottenuta la consegna del bene, oltre ad accollarsi un preesistente mutuo, versa un piccolo acconto sul prezzo pattuito impegnandosi a corrispondere nel tempo – e in più *tranches* – la somma restante del prezzo al promittente alienante. Occorre evidenziare come, nel caso di specie, le parti non stabiliscano alcun termine, né con riferimento ai versamenti delle rate, né per la conclusione del contratto definitivo; in particolare, con riferimento a quest'ultimo profilo, si precisa che il promissario compratore si obbliga a concluderlo a semplice richiesta della controparte.

Decorso un considerevole lasso di tempo – quasi trent'anni –, l'aspirante acquirente, non avendo mai ricevuto l'invito per la stipula del definitivo – senza avere, dal canto suo, mai corrisposto nulla in termini di prezzo, oltre all'iniziale acconto – si rivolge quindi al giudice al fine di ottenere una sentenza di accertamento dell'intervenuta usucapione, quindi una sentenza di accertamento del proprio acquisto della proprietà sull'immobile.

---

con nota di G. TROMBETTA, *Se in un contratto preliminare ad effetti anticipati il promissario acquirente, in quanto parte di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare, sia mero detentore del bene consegnatogli. Per altre note a sentenza si veda: R.P. PUCE, Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corriere giur.*, 2008, 1085 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratto preliminare*, in *St. iuris*, 2008, 1137 ss.; G. TRAVAGLINO, *Preliminare di compravendita a effetti anticipati: soltanto detenzione per il promissario acquirente?*, in *Corriere del merito*, 2008, 1049 ss.; A.C. PUPPO, *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso "ad usucapionem"*, in *Foro it.*, 2009, I, 3158 ss.; A. CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2010, 543 ss.; F. CALISAI, *Lo "smembramento" del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle sezioni unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 180 ss.

<sup>72</sup> Come evidenziato in dottrina la questione attiene alla «qualificazione giuridica del potere di fatto del promissario acquirente che nelle more della vendita abbia ricevuto la consegna della cosa a fronte del pagamento, parziale o totale, del prezzo». Cfr. Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, con nota di G. SCALISI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1046.

Il Tribunale adito in primo grado<sup>73</sup>, decidendo delle contrapposte domande, in accoglimento della principale, dichiara acquisita dall'attore la proprietà dell'immobile. La controparte contrattuale si oppone in appello, deducendo l'ottenimento della 'mera detenzione' dell'immobile da parte dell'attore; aggiunge, per il tramite di una domanda riconvenzionale, una domanda di risoluzione del contratto preliminare concluso sul presupposto del grave inadempimento della controparte relativo al mancato versamento del saldo del prezzo pattuito.

La domanda viene accolta nel giudizio di primo grado, ma riformata in appello. I giudici di seconde cure, infatti, negano al potere di fatto del promissario acquirente la qualifica di possesso: a seguito della conclusione del preliminare di vendita era stata acquisita la detenzione dell'immobile. Inoltre, i comportamenti tenuti dall'attore negli anni idonei ad integrare l'usucapione non vengono ritenuti tali, con la conseguenza di impedire la trasformazione della detenzione in possesso utile ai fini dell'usucapione<sup>74</sup>.

Alla stessa conclusione è giunta la Suprema Corte a Sezioni Unite – componendo un contrasto di durata quasi ventennale tra le Sezioni semplici – con la pronuncia in commento, esprimendosi a favore della qualifica in termini di detenzione, senza lasciare alcun margine per una diversa qualificazione in termini di possesso.

Come evidenziato in dottrina, «la questione rimessa alla sezione unite, pertanto, avrebbe potuto rappresentare l'occasione per una riflessione più ampia circa le fattispecie che determinano possesso o detenzione, in modo da garantire coerenza di soluzioni nonché una verifica di ordine sistematico della tesi privilegiata»<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. Trib., Sentenza del 2 marzo del 2000.

<sup>74</sup> Cfr. S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note su Cass., sez. un., 27.3.2008*, n. 7930, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2008, II, 284. «Respinge peraltro anche la domanda del convenuto, poiché quest'ultimo non aveva mai invitato la controparte a stipulare il contratto definitivo (con conseguente obbligo di saldare il prezzo)».

<sup>75</sup> Cfr. S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note su Cass., sez. un., 27.3.2008*, n. 7930, cit., 284. In particolare, «sotto questo profilo, la Supr. Corte ha perso un'occasione per un approfondimento della complessa materia. Ma, anche limitandosi alla fattispecie del preliminare con consegna anticipata del bene, sottoposta all'esame della Corte, la decisione in esame, pur pervenendo correttamente ad affermare che si configura una detenzione, appare non del tutto convincente».

La specifica questione giuridica – è il caso di ribadirlo – posta all’attenzione delle Sezioni Unite attiene alla qualificazione della situazione che viene a determinarsi a seguito della consegna del bene nell’ipotesi di preliminare ad effetti anticipati<sup>76</sup>.

Come accennato, non essendo il possesso una situazione di diritto, ma un potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o ad altro diritto, non è possibile, secondo la Corte, trasferirlo contrattualmente e disgiuntamente dal diritto reale cui costituisce esercizio<sup>77</sup>.

In conseguenza di una tale premessa, nella sentenza si evidenzia, infatti, che la volontà delle parti di stipulare un preliminare di vendita ad effetti anticipati porta ad escludere che vi sia stata una volontà del verificarsi degli effetti traslativi propri del definitivo. Implicitamente si nega l’idoneità del preliminare a produrre un qualsiasi effetto diverso dall’obbligo di prestare il consenso per il definitivo, sulla considerazione che la specifica funzione assolta dal preliminare in esame è proprio quella di anticipare gli effetti del trasferimento del diritto di proprietà. Ogni ulteriore effetto aggiuntivo rispetto a quello proprio del preliminare deve essere, quindi, ad avviso della Suprema Corte, sottoposto ad un vaglio di compatibilità.

In questo senso sono state considerate compatibili con il preliminare le prestazioni anticipatorie della vendita, ossia la consegna della *res* e il pagamento del prezzo.

---

<sup>76</sup> Il mancato accertamento dell’avvenuta interversione della detenzione in possesso – ai fini dell’usucapione – è, infatti, proposto in sede di domanda subordinata. La qualificazione della posizione del promissario acquirerente nel caso del preliminare a effetti anticipati può paragonarsi a quella dell’assegnatario di un alloggio costruito da una cooperativa edilizia con il contributo dello Stato prima dello scadere del decennio dell’assegnazione, e con il quale l’assegnatario si obbliga a concludere il contratto di trasferimento della proprietà dell’alloggio con il promissario acquirente. Tale contratto, infatti, non ha efficacia reale, ma meramente obbligatoria e pertanto non può dirsi nullo per contrasto con le norme imperative contenute nelle leggi sull’edilizia residenziale sovvenzionata, anche quando – ed è ciò che maggiormente rileva – sia convenuto l’anticipato trasferimento del bene che, come evidenziato da E. BRUNO, *Preliminare di vendita immobile costruito in edilizia popolare, possibile superare il termine di garanzia*, in *Dir. & giust.*, 2018, 3 ss., viene qualificato in termini di possesso.

<sup>77</sup> L’art. 1146 cod. civ. conforterebbe questo rilievo, dal momento che l’accessione richiederebbe quale presupposto indispensabile l’esistenza di un titolo, anche viziato, idoneo in astratto al trasferimento della proprietà.

Non rinvenendo, pertanto, uno schema causalmente nuovo e distinto da quelli normativamente predeterminati, i giudici escludono che il preliminare abbia natura di contratto atipico, ma vi riscontrano la presenza di più cause negoziali tra di loro connesse e spostano l'indagine sulla ricostruzione in termini di contratto misto o complesso<sup>78</sup>. Questo schema, pur accostandosi al contratto innominato, se ne differenzia perché non dà origine ad una nuova e diversa causa, ma attinge, secondo l'orientamento maggioritario, alla prevalente del negozio di maggior rilievo.

Sulla base della difficoltà a riconoscere e a riportare ad una causa unitaria quale quella anzidetta, la Corte deduce che il preliminare complesso è ricostruibile in termini di collegamento negoziale, perché solo mediante tale schema è possibile realizzare una determinata operazione economica che si concreta in una stipulazione coordinata di più contratti che, anziché fondersi fino a determinare la nascita di un nuovo tipo, mantengono autonomia causale e, conseguentemente, la propria disciplina.

Le parti, contestualmente al preliminare, stipulerebbero infatti dei contratti accessori, rispetto ad essi funzionalmente connessi ma autonomi, con cui esse regolamentano in via provvisoria i rapporti accessori funzionalmente collegati al rapporto principale<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Occorre distinguere il contratto misto, in cui si ha un solo schema negoziale, al quale vengono apportate modificazioni mediante l'inserimento di clausole assunte da uno o più diversi schemi, da quello complesso, in cui si ha la convergenza, nella regolamentazione finale del negozio, di tutti gli elementi costitutivi tratti da più schemi negoziali tipici. In entrambe le ipotesi la causa è unitaria e va ravvisata nel negozio di maggior rilievo: nel contratto misto nell'unico contratto in cui sono stati aggiunti singoli elementi tratti da altri e che in esso si fondono, mentre nel contratto complesso sarà la causa del contratto cui all'esame della volontà in concreto manifestata dalle parti risulti essere stato conferito il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita. Così G. DE CRISTOFARO, *Contratto preliminare*, cit., 1140.

<sup>79</sup> La Corte opera anche delle precisazioni in merito alla fattispecie dei contratti collegati, la quale ricorre quando più contratti autonomi formino oggetto di situazioni coordinate, nell'intenzione delle parti alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, ma non formino un nuovo ed autonomo contratto, dal momento che i contratti mantengono una loro causa autonoma. Il criterio distintivo tra contratto unico e collegato viene di conseguenza individuato non in elementi formali (come «l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni»), bensì in elementi sostanziali, quali «l'unicità o la pluralità degli interessi perseguiti». Le vicende di un contratto possono, pertanto, ripercuotersi sull'altro. Può dirsi, infatti, che questi contratti avrebbero natura, rispettivamente, di

Saremmo, in altri termini, di fronte ad un collegamento negoziale, che si caratterizza sia per il nesso teleologico tra i contratti – inteso come idoneità degli stessi a regolamentare unitariamente un determinato assetto economico di interessi – sia per un requisito soggettivo, che riguarda il comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico di ciascun singolo negozio posto in essere ma anche il coordinamento tra gli stessi negozi per la realizzazione di un fine ulteriore.

Traendo le conclusioni di un tale ragionamento, il promissario acquirente, dal momento che si presenta quale comodatario, vanta una detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma *alieno nomine*.

Qualificare la sua posizione come possesso, sarebbe, ad avviso dei giudici, un'erronea individuazione o un travisamento dell'intento delle parti, che, proprio per mezzo del preliminare, vogliono evitare gli effetti reali traslativi propri del definitivo.

Per aversi possesso dovrebbe, invece, intervenire un'*interversio possessionis*, la quale dovrebbe avere luogo con una manifestazione esteriore e non attraverso una volizione interna, tale da palesare l'intenzione del soggetto di mutare il proprio *animus*, ma pure essere rivolta contro il possessore, di modo che questi sia posto nella condizione di rendersi conto dell'avvenuto mutamento e di opporsi concretamente all'esercizio di una tale situazione.

#### 10. Il perimetro delle argomentazioni giuridiche.

Occorre fare il punto della situazione in relazione alle argomentazioni giuridiche emerse dall'analisi giurisprudenziale sul tema della vendita del possesso.

Lasciando a margine la risposta che viene offerta al problema dalla dottrina<sup>80</sup>, emerge infatti che la Cassazione ha sempre univocamente prospettato soluzioni negative, sancendo la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. In particolare, il possesso rappresenta una situazione di fatto cui sono connesse importanti

---

comodato (con riferimento alla concessione del godimento del bene al promissario acquirente) e di mutuo gratuito (quanto alla corresponsione di somme al promittente venditore).

<sup>80</sup> Cfr. *infra*, Cap. I, § 11; Cap. II, § 10 ss.

conseguenze giuridiche, ma in quanto tale è inidoneo a costituire l'oggetto di un contratto<sup>81</sup>.

In riferimento alla figura del contratto preliminare a effetti anticipati<sup>82</sup>, nello stabilire quale sia la natura della disponibilità anticipata del bene nelle more del definitivo – e al fine di riconoscere o meno l'acquisto per usucapione da parte del promissario acquirente dell'immobile goduto antecedentemente al trasferimento della proprietà dello stesso – richiama le precedenti pronunce analizzate, ribadendo che il possesso è uno stato di fatto e che, come tale, è intrasferibile disgiuntamente dal diritto reale di cui costituisce esercizio. Da ciò deriva che, costituendo la consegna del bene adempimento di un contratto di comodato collegato ad un contratto di mutuo, il promissario acquirente viene immesso nella mera detenzione del bene, e non nel possesso.

Ciò che merita evidenziarsi è in primo luogo il profilo – dirimente – collegato alla natura del possesso al fine di ritenere ammissibile una sua circolazione negoziale: la concezione del possesso quale situazione di fatto o di diritto risulta infatti determinante per la risoluzione della controversia in un senso o nell'altro.

In aggiunta, può dirsi che ne esce riconfermato che il suo acquisto avviene esclusivamente a titolo originario perché composto di un elemento soggettivo, l'*animus*, proprio soltanto di colui che possiede.

Un tale orientamento viene ribadito dalla stessa giurisprudenza di legittimità anche in successive sentenze nel 2010<sup>83</sup> e accolto, in misura conforme, da alcuni tribunali<sup>84</sup>. In questo senso, la soluzione negativa al problema della trasmissibilità del possesso, adottata dalla giurisprudenza di legittimità con ambedue le decisioni primarie e tenacemente riaffermata, sembrerebbe assumere il rango di 'principio di diritto'.

---

<sup>81</sup> Il riferimento va a Cass. 27 settembre 1996, n. 8528; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884; Cass. 11 giugno 2014, n. 13222.

<sup>82</sup> Cfr. Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930.

<sup>83</sup> Cass. 25 gennaio 2010, n. 1296, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 712 ss. con nota di I. L. NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*. Cass. 1 marzo 2010, n. 4863, in *Foro it.*, 3, 1, 2011, 870. Per un commento a quest'ultima, v. F. LONGOBUCCO, *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it.*, 2011, 552 ss.

<sup>84</sup> Cfr. Trib. Busto Arsizio, sez. distacc. Gallarate, 4 maggio 2012, in *Corriere del merito*, 2012, 780 ss., con commento di C. SGOBBO, *Il preliminare ad effetti anticipati, la consegna del bene e l'usucapione*.



In definitiva, può affermarsi che gli argomenti posti a sostegno della tesi negativa vengono fatti propri anche dalla dottrina maggioritaria<sup>85</sup>.

Volendo schematizzare gli esiti: in primo luogo, il combinato disposto degli artt. 1140, 1346, 1418 cod. civ., ovvero la nullità del contratto per impossibilità del suo oggetto; in secondo luogo, la lettera dell'articolo 1140 cod. civ., in forza del quale il possesso non è un diritto quindi non può essere oggetto di un contratto di compravendita; infine, si ritiene, ai sensi dell'art. 1146 comma 2 cod. civ., che ai fini dell'accessione serve un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto.

#### 11. Il contributo della dottrina maggioritaria sulla vendita del possesso.

Sulla base della ricostruzione offerta dall'analisi giurisprudenziale alla specifica questione giuridica 'vendita del possesso' emerge un dato significativo: ciò su cui la Cassazione si è pronunciata – in termini di principio di diritto – sfiora molteplici tematiche o, per meglio dire, molteplici angoli di visuale di un unico oggetto che è il possesso.

Il problema che abbiamo inquadrato nei termini di una disposizione negoziale del possesso suscita l'interesse della dottrina molto di recente: come già accennato, compare per la prima volta all'interno della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile del 1990<sup>86</sup> in cui l'Autore – con la 'provocazione metodologica' accolta in sede di introduzione alla presente indagine – si pone l'obiettivo di verificare la praticabilità – oggi – di un'*emptio possessionis*, ovvero quella di dimostrare che la corretta qualificazione del contratto che abbia al oggetto il trasferimento del mero possesso non possa essere quella del tipo contrattuale compravendita<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 252; G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 401; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1422; SEGRÈ-MONTEL, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. it.* a cura di Vassalli, Torino, 1956, 52.

<sup>86</sup> Cfr. L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 831 ss.

<sup>87</sup> Cfr. L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 832: «La questione (...) si complica nel momento in cui si prospetti la traslazione della situazione possessoria di per sé stessa. Infatti, se il contratto si riferisce

Nell'offrire una ricostruzione critica al problema, opta per una soluzione negativa in termini di inammissibilità di un contratto di compravendita che abbia ad oggetto il mero possesso<sup>88</sup>, pur non mostrandosi del tutto ostile al riconoscimento di una vendita del possesso. Essa, infatti, costituisce una questione dotata, sul piano dell'interesse che intende perseguire, di una rilevanza giuridica che non può essere ignorata: «si assiste al diffondersi di una prassi notarile orientata in senso opposto. A ciò si aggiunga che la dottrina tedesca, sulle orme di un'*emptio possessionis* pienamente giustificata nel diritto privato romano, suggerisce una soluzione del problema in senso possibilista»<sup>89</sup>.

In particolare, più che soffermarsi sul risultato cui perviene Padula, risulta interessante chiarire il percorso argomentativo da lui seguito, quindi le ragioni che conducono ad escludere una tale 'possibilità giuridica' sul piano della normativa vigente al fine di verificare punti di contatto con la tesi fatta propria qualche anno dopo dalla giurisprudenza chiamata ad intervenire su tale profilo.

La vendita del possesso – sciolta in tre interrogativi<sup>90</sup> – «non è né lecita né ammissibile nell'attuale sistema normativo italiano»<sup>91</sup>.

---

esclusivamente a tale entità, sarà ancora giuridicamente corretta la prospettazione di un contratto di vendita?».

<sup>88</sup> «In definitiva, è improprio ed inesatto qualificare come vendita del possesso ciò che, in verità, al più potrebbe essere una cessione di precario o un'operazione lesiva del diritto del proprietario». Così si esprime L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 839.

<sup>89</sup> In questo senso L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 833. Cfr. *infra*, Cap. II, § 3, in relazione al contributo della prassi notarile.

<sup>90</sup> In particolare, tre sono le questioni alle quali si sente di dover offrire risposta: a) è valido il contratto di compravendita del mero possesso? b) può – sul presupposto di una risposta negativa alla prima domanda – optarsi per una qualificazione – alternativa al tipo vendita – in termini di contratto atipico? c) se sì, l'acquirente del possesso del bene potrebbe dirsi sufficientemente tutelato?

<sup>91</sup> Le argomentazioni volte a negare la vendita del possesso fanno leva principalmente sulla normativa vigente. In ultima analisi, viene infatti in rilievo il combinato disposto di due articoli in materia di compravendita, ovvero gli artt. 1470 e 1476 cod. civ. Oggetto di compravendita può essere solo «il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo»; l'art. 1470 quindi «viene ad assumere i caratteri di una norma di sbarramento che preclude ogni diverso modo d'intendere la vendita (in particolare sotto il profilo del suo possibile oggetto)». Cfr. L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 839. Ai sensi dell'art. 1476, poi, obbligazione del venditore è anche quella di «quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto

In particolare, si esclude, senza alcun dubbio, che possa essere costituito un contratto il cui effetto sia solamente quello di trasferire il possesso sul bene e non anche la proprietà di esso; in altri termini, non risulta configurabile un contratto che ceda – separatamente – il possesso dalla titolarità sul bene medesimo<sup>92</sup>.

In secondo luogo, anche tentando una ricostruzione alternativa della fattispecie in termini di contratto atipico – e non già contratto riconducibile al tipo compravendita – vi è pur sempre l'ostacolo rappresentato dal principio di tipicità delle situazioni reali: posto che l'art. 1322, c. 2 cod. civ. autorizza la realizzazione di contratti atipici a fronte di un «interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico», resta il limite posto dalla tipicità delle «situazioni di appartenenza» – il c.d. principio del *numerus clausus* – e dell'impossibilità di alterare in via pattizia la loro struttura, ovvero di renderle oggetto specifico di autonomia contrattuale laddove ciò non sia previsto dal Legislatore<sup>93</sup>.

Infine, anche considerando possibile tale trasferimento, non vi sarebbero sufficienti garanzie sul piano tecnico-giuridico per l'acquirente: quest'ultimo infatti – facendo riferimento all'ipotesi più intuitiva – potrebbe vedersi pregiudicato l'acquisto proprio dal proprietario del bene, con l'impossibilità sul piano del diritto di trovare ristoro alle sue pretese.

Le argomentazioni appena dipanate sono fatte proprie anche dalla dottrina più recente che resta ferma nel ritenere inammissibile l'operazione giuridica in parola<sup>94</sup>.

---

immediato del contratto». Non è possibile in questa sede contestare il carattere sinallagmatico delle prestazioni che inerisce il contratto di compravendita. Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015.

<sup>92</sup> «Per quanto il possesso possa essere qualificato come un beneficio autonomo ed indipendente dalla proprietà e quindi possa essere tenuto disgiunto da essa (presentando indiscutibili vantaggi di per sé stesso ovvero a prescindere e separatamente dalla corrispondente situazione di diritto), non ritengo possibile farne oggetto di commercio e di traffico (nel senso di potersi orientare la scelta del compratore esclusivamente verso i *commoda possessionis*)», così argomenta L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 838.

<sup>93</sup> Può parlarsi di «attribuzione al Legislatore di una legittimazione esclusiva nella definizione dei diritti dominicali». Si veda T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia dir. priv.*, 2011, 2 ss.; da ultimo F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, 1 ss., in specie ntt. 1-2.

<sup>94</sup> In particolare si veda, R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 17 ss.; R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 491 ss.; L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 831 ss.; S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, cit., 315 ss.; A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, cit.,

In definitiva, si tratta di un istituto complesso che manifesta le sue ricadute in differenti campi del diritto e in questo senso ciò che diventa imprescindibile ora è un approfondimento della disciplina giuridica del possesso con riguardo alle norme di diritto vigente, a partire gioco forza dal codice civile.

Risulta, in altri termini, fondamentale comprendere il perimetro normativo di riferimento sia con riguardo alla struttura del possesso, sia per quanto riguarda i c.d. fatti traslativi del possesso, ovvero il costituito possessorio e la *traditio brevi manu*.

## 12. Cenni alla disciplina del possesso.

Con riferimento alla disciplina giuridica del possesso il riferimento va in primo luogo all'articolo 1140 cod. civ., che, come visto, si esprime in termini di «potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di un altro diritto reale».

C'è perfetta continuità con le argomentazioni fatte proprie dalla giurisprudenza: il possesso non è qualificabile come un diritto<sup>95</sup>, ma come situazione di fatto. L'esplicazione di un potere sulla cosa – c.d. signoria di fatto – a prescindere dall'esistenza di un diritto esprime l'essenza della situazione possessoria, tanto da spingersi a considerare possessore anche colui che possiede illegittimamente e anche colui che si sia illecitamente impossessato della cosa come, ad esempio, il ladro. Ancora, non si presuppone l'effettiva disponibilità della cosa da parte del titolare: si può infatti anche possedere a mezzo di altra persona che ha la disponibilità di fatto del bene, e ciò ad esempio accade quando il bene è concesso in comodato (c.d. possesso 'indiretto'), come pure il possesso può essere acquistato per mezzo di intermediari.

Secondo l'opinione tradizionale gli elementi costitutivi del possesso sono due: un elemento oggettivo, rappresentato dal potere di fatto sulla cosa – *corpus possidendi* –

---

468 ss.; P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità del possesso"*, cit., 162 ss.; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1422 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 1998, 291 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 487 ss.; G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 703 ss.

<sup>95</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. II, Milano, 1965, 252; G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 401 e ss.

e un elemento soggettivo, rappresentato dall'intendimento del soggetto di possedere quella determinata cosa a titolo di proprietario o ad altro titolo, *animus possidendi*<sup>96</sup>.

La dottrina parla poi di compossesso, quale possesso esercitato congiuntamente da più soggetti ad egual titolo sul medesimo bene<sup>97</sup>, sul presupposto che la disponibilità di fatto quale primo elemento caratterizzante il possesso non richiede necessariamente un contatto fisico, come già ribadito in precedenza.

Generalmente il compossesso si ha nei comproprietari di un bene, i quali esercitano su di esso il potere di fatto corrispondente all'esercizio del loro diritto di comproprietà. Diversamente, si esclude il compossesso a titolo di socio (o di associato), poiché in queste ipotesi è la società (o l'associazione) a essere titolare del proprio patrimonio, pur se non dotata di personalità giuridica. In altre parole, il singolo socio (o associato) gode dei beni sociali in virtù del rapporto di società (o di associazione) e non quale titolare di un diritto reale, bensì piuttosto quale detentore<sup>98</sup>. Nei rapporti esterni, il gruppo dei compossessori si presenta come una sola entità. Oggetto del compartecipe è l'intera cosa e non una sua quota ideale; le azioni a tutela del possesso sono, infatti, esperibili a prescindere dalla quota posseduta. Nei rapporti interni, invece, ciascun compossessore ha una sua quota di possesso del bene; questo comporta, ad esempio, l'acquisto pro quota dei frutti del bene posseduto<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> È la teoria tradizionale elaborata da Savigny (nell'opera *Das Recht des Besitzes*, come riportato da B. TROISI - C. CICERO, in *Codice*, cit., 779), il quale sosteneva che l'*animus* è l'elemento determinante del possesso, «il fattore sovrano» che trasforma la detenzione in possesso e che coincide con l'*animus domini*. In passato si è avuto un acceso dibattito tra i sostenitori del c.d. sistema possessorio soggettivo, che enfatizzavano l'importanza dell'elemento individuale, e chi negava all'*animus* il valore di elemento decisivo, nel senso che nel possedere non occorre un particolare *animus*, ma sarebbe sufficiente l'intenzione di mantenere un rapporto con la cosa, accompagnata dall'effettivo esercizio di tale rapporto. Cfr., sul tema, A. MASI, *Il possesso e la denunzia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno<sup>2</sup>, 8, *Proprietà*, II, Torino, 2002, 540 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 716 ss; R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 491 e ss.

<sup>97</sup> cfr. P. POLLICE, *Contributo allo studio del compossesso*, Napoli, 1993.

<sup>98</sup> In tal senso R. SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988, 116. Inoltre, in tema di società di persone va tenuto presente che i soci hanno il potere di gestione dei beni sociali. A ciascun socio compete pertanto la detenzione qualificata dei beni e l'esercizio delle azioni possessorie nell'interesse della società. Ai sensi dell'art. 2256 cod. civ., il possesso personale dei beni sociali è illegittimo.

<sup>99</sup> Cfr. T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENGHINI, *I diritti reali* (in Manuali notarili), Padova, 2011, 633, in specie nt. 12 nella quale si fa riferimento ad una sentenza della Cass. 11 novembre 2004, n. 21425,

Merita qualche breve considerazione il profilo relativo all'oggetto del possesso. Come si è visto, la definizione codicistica del possesso in termini di potere sulla cosa esclude che il possesso possa avere ad oggetto diritti: si possiedono esclusivamente le cose, non i diritti. La corrispondenza tra il potere sulla cosa e il contenuto del diritto reale identifica il tipo del possesso.

Tipo principale di possesso è il possesso corrispondente al contenuto della proprietà, cioè il possesso di chi dispone della cosa come proprietario. Si distinguono poi i possessi non proprietari – c.d. possessi minori – corrispondenti al contenuto del diritto di superficie, dell'enfiteusi, dell'usufrutto, della servitù e del pegno<sup>100</sup>.

È doveroso ripeterlo: anche i possessori a titoli di diritti reali limitati sono possessori di cose, ed è solo per comodità di espressione che può parlarsi di possesso di servitù, pegno, ecc. Ai possessi minori si applicano le norme del codice in tema di possesso, salve le deroghe giustificate in alcuni casi dalla mancanza dei presupposti dell'azione di spoglio e dell'usucapione<sup>101</sup>.

In termini generali poi, come già visto, la disponibilità di fatto che caratterizza il possesso può essere anche *indiretta*: il possesso cioè può essere attuato mediante la detenzione da parte di un terzo soggetto, ai sensi dell'art. 1140, co. 2, cod. civ.<sup>102</sup>.

---

in *Mass. Giur. it.*, 2004, la quale «ha stabilito che su di un immobile di proprietà esclusiva di un soggetto può ben crearsi una situazione di compossesso pro indiviso tra lo stesso soggetto proprietario ed un terzo, con il conseguente possibile acquisto, da parte di quest'ultimo, della comproprietà pro indiviso dello stesso bene una volta trascorso il tempo per l'usucapione, nella misura corrispondente al possesso esercitato».

<sup>100</sup> Queste tipologie di possesso erano, secondo le fonti classiche, estranee alla nozione propria di possesso, ma ugualmente meritevoli di tutela al pari del possessore *uti dominus*. Erano, infatti, denominate dalle fonti romane quasi possessi.

<sup>101</sup> In particolare, al possesso di enfiteusi e usufrutto si applica integralmente la disciplina del possesso. Il possesso della superficie si esplica realizzando e mantenendo la costruzione sul suolo altrui. Il possesso delle servitù, invece, consiste nell'esercizio delle specifiche ingerenze sul fondo servente corrispondenti ai vari contenuti dei diritti.

<sup>102</sup> A tale figura ricorre parte della dottrina per spiegare il possesso del (nudo) proprietario, nelle ipotesi in cui l'esercizio del diritto reale limitato lo abbia privato della disponibilità di fatto della cosa. Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che in queste ipotesi il (nudo) proprietario non possieda tramite il titolare del diritto reale limitato, ma eserciti pur sempre un potere immediato sulla cosa, e precisamente il potere di mantenere l'integrità e la destinazione economica. In quest'ultimo caso il contenuto del possesso del nudo proprietario corrisponde quindi all'esercizio della nuda proprietà. Possessore è,

Si è detto, dunque, che sono suscettibili di possesso tutte le cose materiali che hanno una realtà oggettivamente percepibile, anche se non sono solide<sup>103</sup>, come le acque sorgenti, le aree sovrastanti, le onde elettromagnetiche, le energie naturali<sup>104</sup>. Anche le universalità di fatto possono formare oggetto di possesso, come si evince dall'articolo 1160 c.c., laddove se ne ammette l'usucapione.

Bisogna sottolineare che non possono essere possedute le universalità di diritto, come ad esempio l'eredità, mentre possono possedersi i singoli beni che la compongono<sup>105</sup>. Non possono, inoltre, formare oggetto di possesso i beni immateriali, in quanto non sono suscettibili di utilizzazione, ma soltanto di godimento intellettuale, anche se sono proprio istanze di questo tipo che portano a spingere il concetto di possesso oltre i suoi contorni tradizionali. Da questa analisi in tema di oggetto del possesso vanno escluse le cose insuscettibili di essere acquistate in proprietà. A tal riguardo, il riferimento codicistico immediato sono i beni demaniali<sup>106</sup>.

---

altresì, il creditore pignoratizio, che esercita sulla cosa pignorata il potere di custodia strumentale alla garanzia (cfr. art. 1153, comma 3, cod. civ.). Cfr. A. MASI, *Il possesso e la denunzia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, VIII, Torino, 2008, 545 ss.

<sup>103</sup> A tal riguardo, è discusso se possano formare oggetto di possesso le energie naturali. In senso favorevole C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 742; in senso contrario, invece, R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 510.

<sup>104</sup> Cfr. SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 134; più di recente C.M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 564, in cui l'Autore specifica che non tutta la dottrina è concorde nel ritenere le onde elettromagnetiche suscettibili di possesso in quanto viene a mancare un controllo materiale su di esse nell'attività di emissione.

<sup>105</sup> Risulta tuttavia doveroso precisare che il profilo non è pacifico in dottrina. Si veda di recente C. RINALDO, *Usucapione e acquisto a non domino delle quote di partecipazione in società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 631 ss.

<sup>106</sup> la dottrina sul punto è divisa per cui da un lato c'è chi ritiene che non siano suscettibili di possesso. Ai sensi dell'art. 1145 cod. civ., infatti, i beni demaniali non possono essere acquistati dai privati, con la conseguenza che la disponibilità di fatto degli stessi non può portare alla loro usucapione. Sul punto cfr. R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, cit., 507. Dall'altro lato, invece, pare preferibile ammettere il possesso anche in relazione a tali beni. A ben vedere infatti, la norma in questione non ne esclude il possesso, bensì solo i suoi effetti. L'art. 1145, comma 2, cod. civ., inoltre, prescrive la possibilità di esperire l'azione di reintegrazione anche rispetto a tali beni; tale previsione presuppone che il soggetto privato possa essere privato del possesso di un bene demaniale: ciò significa pertanto che i beni demaniali sono suscettibili di possesso non solo da parte di privati ma anche di enti pubblici, i quali potranno dunque avvalersi delle azioni poste a tutela del possesso.

Ancora, con riguardo alla prova del possesso: ai sensi dell'art. 1141, comma 1, c.c., il possesso si presume in colui che esercita il potere di fatto sulla cosa quando non si prova che il potere è stato esercitato inizialmente a titolo di detenzione. La prova del possesso si traduce quindi in prova dell'esercizio del potere sulla cosa corrispondente al contenuto della proprietà o altro diritto reale. Inoltre, ai sensi dell'art. 1143 c.c., il possessore che abbia la proprietà o altro diritto reale sulla cosa si presume che ne abbia avuto il possesso fin dal momento dell'acquisto del diritto.

Di regola il possesso non è presunto in base alla semplice titolarità del diritto reale sul bene, ma in base ad un titolo che ha permesso al soggetto di avvalersene dal momento dell'acquisto. L'art. 1142 c.c., infine, prescrive il possesso intermedio, in forza del quale chi possiede una cosa si presume che l'abbia posseduta continuativamente dal momento iniziale del possesso<sup>107</sup>.

Ai fini di completezza dell'indagine sulla disciplina del possesso, qualche breve considerazione merita anche l'interversione del possesso. Essa consiste nella conversione della detenzione in possesso per causa proveniente da un terzo o per atto di opposizione nei confronti del possessore, come previsto dall'art. 1141, comma 2, c.c.

Per 'causa proveniente da un terzo' deve intendersi l'atto di attribuzione del possesso da parte dell'attuale possessore o proprietario diretto a conferire un titolo qualificante al possesso, ossia la proprietà o un diritto reale di godimento. Inoltre, tale atto di attribuzione del possesso è idoneo a convertire la detenzione in possesso, anche se l'attuale possessore non sia legittimato a disporre del bene ed anche se affetto da inefficacia o invalidità<sup>108</sup>. Per 'atto di opposizione', invece, deve intendersi l'atto

---

<sup>107</sup> Questa presunzione costituisce applicazione del principio generale per cui le situazioni di fatto o di diritto si presumono continuare nel tempo fin quando non risulti la loro estinzione.

<sup>108</sup> Si faccia l'esempio del locatore non proprietario che vende il bene al locatario. A tal proposito si veda Cass. 5 dicembre 1990, n. 11691, in *Mass. Giur. It.*, 1990, la quale ha evidenziato che «L'art. 1141 cod. civ. non consente al detentore di trasformarsi in possessore mediante una sua interna determinazione di volontà, ma richiede, per il mutamento del titolo, l'intervento di una causa proveniente da un terzo, per tale dovendosi intendere qualsiasi atto di trasferimento del diritto idoneo a legittimare il possesso, indipendentemente dalla perfezione, validità, efficacia dell'atto medesimo, compresa l'ipotesi di acquisto da parte del titolare solo apparente, ovvero l'opposizione del detentore contro il possessore, opposizione che può avere luogo sia giudizialmente che extragiudizialmente e che consiste nel rendere noto al possessore, e cioè a colui per conto del quale la cosa era detenuta, in termini inequivoci e contestando



unilaterale con cui il detentore afferma il proprio possesso sulla cosa, disconoscendo il possesso dell'attuale possessore. In altre parole, l'atto di opposizione è, al tempo stesso, atto di affermazione del proprio possesso e atto di negazione dell'altrui possesso.

Si precisa, inoltre, che la regola dell'interversione del possesso trova applicazione anche relativamente alle ipotesi di possesso corrispondente all'esercizio di diritti reali limitati: ai sensi dell'art. 1164 c.c., il possessore a tale titolo non può acquisire il possesso pieno salvo che per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione fatta contro il proprietario. Infine, va rilevato che la regola dell'interversione si ritiene inapplicabile in tema di compossesso.

### 13. L'autonomia funzionale della situazione possessoria.

Si è detto nel paragrafo introduttivo che la tutela del possesso costituisce uno degli elementi volti a rimarcare – rendendo evidente – l'autonomia funzionale del possesso rispetto alla proprietà<sup>109</sup>.

---

il di lui diritto, l'intenzione di tenere la cosa come propria; lo stabilire se, in conseguenza di un atto negoziale ancorché invalido, al detentore di un immobile sia stato da un terzo trasferito il possesso del bene, costituisce una indagine di fatto, riservata al giudice di merito, i cui apprezzamenti e valutazioni sono sindacabili in sede di legittimità soltanto per illogicità o inadeguatezza della motivazione».

<sup>109</sup> In termini generali, con riferimento alla tutela possessoria si veda: L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952; F. DE MARTINO, *Possesso*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1140-1172, Bologna-Roma, 1984; A. LEVONI, *La tutela del possesso*, Milano, 1982; R. SACCO, *Il possesso*, cit., *passim*; ID., *Il possesso. La denuncia di nuova opera o di danno temuto*, in *Tratt. Grosso, Santoro Passarelli*, Milano, 1960; C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., 8 ss.; ID., *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989; A. VILLECCO, *Il procedimento possessorio e di rinunciazione*, Torino, 1998; B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., *passim*; G. GIACOBBE, voce *Spoglio*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 470 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., 647 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 739 ss. Per quanto concerne il giudizio possessorio cfr. A. LEVONI, *La tutela del possesso*, II, Milano, 1979; ID., voce *Possessorio (giudizio)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 97; A. LEVONI - C. CONSOLO, voce *Possesso III) Azioni a tutela del possesso: in generale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1998, 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2005; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1916; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1923; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991;

In particolare, focalizzandosi sulle *rationes* della tutela possessoria, si ritiene comunemente che essa risponderebbe all'esigenza di una «reazione certa ed immediata alla ragion fattasi, allo scopo di evitare l'uso privato della forza, o, secondo il tradizionale detto, *ne cives ad arma veniant* (o *ruant*)»<sup>110</sup>.

Alla *ratio* più tradizionale, la dottrina ha contrapposto un'ulteriore esigenza cui soccorrono le azioni a difesa del possesso: si tratta dell'esigenza di «disciplinare un conflitto non regolato vertente tra soggetti, per cui nessuno dei due può vantare diritti sul bene intorno al quale si controverte o qualora in questione siano lesioni provenienti dall'esterno rispetto a tale bene»<sup>111</sup>.

Infine, anche se resta un'esigenza da pochi sostenuta in dottrina, residua l'interesse di affiancare al titolare di un diritto reale – quindi *in primis* al proprietario di un bene – un ulteriore strumento di tutela caratterizzato da presupposti di applicazione di pronta verifica probatoria. La volontà è quella di introdurre un'agevolazione probatoria a favore del titolare del diritto, per cui si tratta di verificare quando risulta possibile negare la sussistenza di un diritto perché lo stato di fatto – la componente comportamentale nella quale si traduce il possesso – esclude tale sussistenza. Quest'ultima situazione si verifica soprattutto nelle situazioni obbligatorie come nel caso del locatore che al termine del rapporto agisce chiedendo la restituzione del bene facendo valere lo spoglio ai fini del giudizio possessorio.

Si tratta di una complicazione superflua delle regole del sistema: dal punto di vista probatorio infatti risulta essere più agevole l'ordinaria via petitoria. Infatti, «nella prospettiva possessoria il locatore dovrebbe comunque dimostrare il modo di essere del rapporto, ancorché invalido; dall'altro anche nella prospettiva petitoria egli può ben chiedere la restituzione del bene – oltre che in virtù dell'invalidità anche – semplicemente facendo valere il fatto che, quand'anche in ipotesi valido, il rapporto sarebbe comunque giunto a termine. Ben si comprende dunque come, anche in questo caso, la via possessoria non arreherebbe in realtà alcun tipo di vantaggio»<sup>112</sup>.

---

D. BENDIA, *Il possessorio novellato*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 793 ss.; A. PROTO PISANI - M.G. CIVININI, *I procedimenti possessori*, in *Foro it.* 1994, I, 626 ss.; E. MARINUCCI, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 827 ss.

<sup>110</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, cit., 102.

<sup>111</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, cit., 104.

<sup>112</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, cit., 125.

Le prime due teorie appena descritte sono opposte, per cui risulta evidente che non possano convivere nel nostro sistema per cui si ritiene che la *ratio* del possesso possa essere individuata o con l'esigenza di evitare la violazione della sfera di disponibilità materiale, ovvero con quella volta a porre rimedio ad un conflitto non regolato dalla legge.

In particolare, in relazione alla prima esigenza, si ritiene che non ogni alterazione dello stato di fatto sia vietata, ma solo quelle poste in essere, realizzate, dall'avente diritto: si tratta «di quelle che incidono su un bene del quale il suddetto agente non ha la disponibilità materiale e per porre in essere le quali egli ha dunque la necessità dell'esecuzione forzata; ed inoltre di quelle per le quali questa non è necessaria, in quanto l'agente medesimo ha già la (con)disponibilità materiale del bene, ma che nondimeno richiedono il previo accertamento del diritto in quanto implicano un sacrificio per l'altrui (con)disponibilità materiale»<sup>113</sup>.

In altri termini, si vuole vietare una illegittima violazione della sfera materiale altrui che conduce a qualificare la tutela possessoria come una tutela provvisoria e urgente: si tratta in primo luogo di dimostrare la sussistenza di una situazione di disponibilità materiale violata ragionando in concreto nei termini di possesso ad immagine della piena proprietà, ovvero di possesso ad immagine di un diritto reale minore, includendo anche la detenzione per esempio a titolo di conduttore; in secondo luogo, di individuare tale situazione di fatto come lo specifico oggetto di tutela, a prescindere che essa sia riconducibile ad una specifica figura di possesso o di detenzione<sup>114</sup>.

La seconda esigenza fa riferimento alla tutela del comportamento corrispondente a quello del titolare di un diritto, per il quale sia previsto un titolo che tuttavia è assente. In particolare, si fa riferimento a tutte quelle lesioni – ad una situazione di disponibilità materiale – dichiarate da un soggetto che non risulta essere allo stesso tempo titolare del corrispondente diritto.

---

<sup>113</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, cit., 113: l'Autore fa l'esempio della chiusura di un fondo sul quale altri eserciti un passo, senza consegna delle chiavi.

<sup>114</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, cit., 117.

Occorre ora accennare brevemente alle azioni a tutela del possesso<sup>115</sup>: il riferimento va in primo luogo alle azioni di nunciazione, ovvero alla denuncia di nuova opera e alla denuncia di danno temuto. Si tratta di azioni cautelari che possono essere esperite dal possessore e dal proprietario del bene in quanto dirette a prevenire, evitare, il pericolo di danni derivanti da nuove opere, costruzioni presenti sopra il fondo<sup>116</sup>.

In particolare, la denuncia di nuova opera, prevista all'art. 1171 cod. civ., configura quel rimedio di natura cautelare predisposto al fine di prevenire il danno che si teme possa derivare dall'esecuzione di un'opera – quindi di un'attività volta a modificare il modo persistente lo stato dei luoghi – iniziata sul proprio fondo o sul fondo altrui<sup>117</sup>; l'azione deve essere esperita prima che l'opera sia conclusa e comunque entro un anno dal suo inizio a pena di decadenza.

Si ritiene che tale azione sia proponibile anche con riferimento ad opere che, pur se non immediatamente lesive, siano suscettibili di essere ritenute fonte di un futuro danno in forza dei caratteri obiettivi che potrebbero assumere se condotte a termine; il concetto di danno quindi si estende al ragionevole pericolo che il danno si verifichi in conseguenza della situazione determinatasi per effetto dell'opera portata a compimento<sup>118</sup>.

La denuncia di danno temuto, ai sensi dell'art. 1172 cod. civ., integra quel rimedio causale predisposto al fine di prevenire un danno che si tema possa verificare in relazione ad un bene già esistente, rientrando nella nozione di bene un qualsivoglia bene immobile, albero o altra cosa.

L'azione spetta al proprietario, al titolare di un diritto reale di godimento e al possessore e presuppone l'esistenza attuale del pericolo di un danno grave e prossimo. Il riferimento principale per l'applicazione di questa azione concerne lo stato dei

---

<sup>115</sup> In questa sede saranno effettuati solo brevi cenni, costituendo – il profilo della tutela del possesso – una delle argomentazioni fatte proprie dalla dottrina minoritaria per riconoscere la vendita del possesso. Cfr. *infra*, Capitolo II.

<sup>116</sup> Di recente si veda L. TRAMONTANO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Milano 2010.

<sup>117</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., 677 ss; F. DE MARTINO, *Possesso. Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 3, *Proprietà*, Art. 1140-1172, Bologna-Roma, 1984, 160.

<sup>118</sup> Cfr. Cass. 30 novembre 2012, n. 21491. Ancora, poiché il possesso è un potere di fatto su una cosa autonomamente tutelabile come *ius possessionis*, il possessore può proporre la denuncia di nuova opera in relazione al futuro esercizio dell'azione di manutenzione.

luoghi: il criterio discrezionale tra denuncia di nuova opera e denuncia di danno temuto risiede soltanto nel diverso modo in cui l'attività umana ha determinato l'insorgere del pericolo e nella conseguente diversità del rimedio da adottare. La prima postula un *facere* cioè l'intrapresa di un quid nel proprio o nell'altrui fondo capace di arrecare pregiudizio al bene oggetto di possesso e prevede come rimedio l'inibizione di tale attività intrapresa o la subordinazione della sua prosecuzione all'adozione di determinate cautele; la seconda postula invece un *non facere* ossia l'inosservanza dell'obbligo di rimuovere una situazione di un edificio, di un albero, o di qualsiasi altra cosa, comportante pericolo di un danno – qualificato – per il bene oggetto di possesso<sup>119</sup>.

In secondo luogo, l'espressione tutela del possesso fa riferimento alle c.d. azioni possessorie, ovvero all'azione di reintegrazione e all'azione di manutenzione<sup>120</sup>.

L'azione di reintegrazione<sup>121</sup>, esperibile dal possessore in quanto tale – titolato o non dal diritto corrispondente – o dal detentore – ad eccezione di colui che detiene la cosa per ragioni di ospitalità o di servizio – è diretta a reintegrare nel possesso colui che è stato vittima di uno spoglio violento o clandestino; deve essere proposta entro un anno dallo spoglio o dal giorno della sua scoperta nel caso di spoglio clandestino<sup>122</sup>.

Dal punto di vista procedurale, a seguito dell'accoglimento della domanda proposta<sup>123</sup>, il giudice ordina la restituzione del bene.

---

<sup>119</sup> Cfr. Cass. 25 marzo 1987, n. 2897.

<sup>120</sup> In termini generali, si v. L. CABELLA PISU, voce *Azioni possessorie*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, 1988, 72 ss.; G. GANDOLFI, voce *Azione possessoria (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 93 ss.

<sup>121</sup> Art. 1168 cod. civ.

<sup>122</sup> Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 726 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza cfr. Cass. 11 novembre 1986, n. 6589, in *Mass. Giur. it.*, 1986.

<sup>123</sup> In particolare, il giudice ordina senza dilazione, sulla semplice notorietà del fatto e dopo un sommario accertamento dell'esistenza di un precedente possesso la restituzione del bene oggetto di controversia. Gli elementi costitutivi della fattispecie fatta valere sono: A) l'*animus spoliandi*, il quale può ritenersi insito nel fatto stesso di privare del godimento della cosa il possessore contro la sua volontà. Cfr. in questo senso Cass. 22 giugno 2000, n. 8486. La prova di tale elemento incombe su chi si pretende spogliato, trattandosi di un elemento costitutivo della complessa fattispecie dello spoglio che deve quindi risultare in modo certo e positivo secondo l'incensurabile valutazione del giudice. B) la violenza o la clandestinità: la violenza implica che lo spoglio venga commesso con atti arbitrari, i quali contro la volontà espressa o tacita del possessore tolgano a questo il possesso o gliene impediscano l'esercizio. La clandestinità, invece, va riferita allo stato di ignoranza di chi subisce lo spoglio, il quale

L'azione di manutenzione<sup>124</sup> – che spetta al solo possessore di beni immobili o universalità di mobili – è invece diretta a far cessare la molestia del possesso: quest'ultima infatti non priva il possessore del godimento del bene, ma turba il suo esercizio per il tramite di un'attività materiale o giuridica; anche tale azione deve essere proposta entro un anno dall'avvenuta turbativa<sup>125</sup>.

Dal punto di vista procedurale, è possibile il cumulo tra le azioni possessorie e le azioni petitorie: l'art. 704 cod. proc. civ. consente la proposizione delle azioni possessorie all'interno di un giudizio petitorio, facendo salva la possibilità di proporre l'azione di reintegrazione al giudice competente per il giudizio possessorio.

#### 14. Possesso e detenzione: situazione di fatto e situazione di diritto.

---

deve essersi trovato nell'impossibilità di avere conoscenza del fatto costituente spoglio nel momento in cui questo viene posto in essere; in altri termini, se il possessore o il detentore – usando l'ordinaria diligenza – si sono trovati nell'impossibilità di avere conoscenza, alla stregua delle circostanze in cui è stato commesso lo spoglio, dello spossessamento. In questo senso, cfr. Cass. 30 agosto 2000, n. 11453. C) lo spoglio: esso non deve consistere necessariamente in un evento permanente ed irreversibile, essendo sufficiente che abbia carattere duraturo. In questo senso, cfr. Cass. 10 settembre 2004, n. 18227.

<sup>124</sup> Art. 1170 cod. civ.

<sup>125</sup> L'azione di manutenzione infatti ha il fine di far cessare le turbative che attentino all'integrità del possesso attraverso qualsiasi apprezzabile modificazione o limitazione del modo del suo precedente esercizio, e che siano operate con la consapevolezza della volontà contraria del possessore, o attraverso contestazioni avanzate, in via giudiziale o stragiudiziale, contro l'altrui possesso in maniera da esporre a pericolo il godimento del bene. In questo senso, cfr. Cass. 18 marzo 1986, n. 1842. Si ritiene che non ogni attività materiale posta in essere dal terzo sulla cosa da altri posseduta configura necessariamente una molestia del possesso, ma solo quella che rispetto ad esso abbia un congruo ed apprezzabile contenuto di disturbo e denoti di per sé una pretesa dell'agente in contrasto con la posizione del possessore, così da rendere il suo estrinsecarsi impossibile, gravoso oppure notevolmente difficoltoso, con la conseguenza che ne restano fuori quei comportamenti che, non compromettendo né limitando apprezzabilmente l'esercizio del potere di fatto, siano con questo compatibili. In questo senso, cfr. Cass. 15 luglio 2003, n. 11036. Infine, al pari dello spoglio, al fine della configurabilità della molestia con l'atto materiale deve coesistere il dolo o la colpa, la cui prova incombe su chi propone la domanda di manutenzione. Cfr. Cass. 20 agosto 2002, n. 12258. Infatti, l'elemento psicologico della molestia consiste nella volontarietà del fatto che determina la diminuzione del godimento del bene da parte del possessore e nella consapevolezza che esso è oggettivamente idoneo a modificarne o limitarne l'esercizio. Cfr. Cass. 7 gennaio 2016, n. 107.

La dottrina che più di recente ha affrontato lo studio della materia possessoria e in particolare il regime della circolazione – trovandosi a negare la circolazione traslativa del possesso – ha argomentato sulla base del dato letterale: il possesso non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio. Riemerge quindi con forza la contrapposizione tra situazione di fatto e situazione di diritto che, nonostante le differenti sfumature che si voglia dare alla materia, sostiene la distinzione tra proprietà, possesso e detenzione.

Vale la pena soffermarsi sulla diversa impostazione dominante oggi con riguardo alle diverse situazioni di appartenenza<sup>126</sup>.

Intorno all'elemento dell'*animus* si rinviene il fondamento della differenza tra possesso e detenzione, almeno secondo la tesi soggettiva, tutt'oggi molto condivisa. Si ha infatti detenzione quando manca l'*animus* di esercitare la proprietà o altro diritto reale sulla cosa, con l'implicito riconoscimento di una preminente posizione altrui. A tal riguardo l'art. 1140, co. 2, c.c., stabilisce che si può possedere anche per mezzo di altra persona, che ha appunto la detenzione della cosa<sup>127</sup>.

La detenzione è definita come la disponibilità di fatto della cosa a titolo di servizio, di ospitalità o di un diritto personale di godimento; in altri termini, è disponibilità di fatto della cosa in nome altrui, nel senso che tale potere sulla cosa è subordinato al potere di un altro soggetto, il possessore<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit.

<sup>127</sup> In altre parole, la detenzione rappresenta il potere di fatto corrispondente all'esercizio di un diritto personale di godimento o all'esecuzione di un rapporto di servizio. Inoltre, la detenzione deve essere provata (art. 1141 cod. civ.), mentre il possesso e quindi l'*animus*, sono presunti. È doveroso, inoltre, evidenziare che parte della dottrina nega rilevanza all'elemento dell'*animus possidendi*, osservando che la distinzione tra possesso e detenzione si basa sul titolo che qualifica il soggetto come possessore o detentore, così come riportato in T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, L. GENGHINI, *I diritti reali* (in Manuali notarili), cit., 632.

<sup>128</sup> V. S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 149 ss.; R. OMODEI SALÉ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 68 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2003, 14 ss.; F. DE MARTINO, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto*<sup>5</sup>, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e V. Branca, Bologna-Roma, 1984, 2, sostiene che il codice abbia accolto una nozione intermedia tra le due opposte teorie soggettiva e oggettiva, non ripudiando completamente

Nella detenzione – come nel possesso – rileva un elemento di carattere oggettivo, ovvero il titolo in base al quale un soggetto ha la disponibilità di fatto della cosa. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, pur non avendo riscontro nel diritto positivo, è necessario che vi sia giacché lo specifico potere di fatto sulla cosa corrisponde al contenuto anche di diritti reali di godimento. La prova della detenzione si baserà quindi sul primo dei due elementi, ovvero su un titolo idoneo quale ad esempio la locazione, il comodato.

È bene precisare che tale disponibilità di fatto è tutelata a prescindere dalla validità del titolo: il locatario che paga il canone di affitto è detentore dell'immobile, anche se il contratto di locazione è affetto da nullità<sup>129</sup>.

È nota poi la distinzione che la dottrina offre tra detenzione non qualificata e detenzione qualificata. Al primo gruppo appartengono le ipotesi in cui il detentore tiene la cosa per ragioni di ospitalità (per esempio un amico a cui permetto di abitare casa mia) o per ragioni di servizio o lavoro. In questi casi, dunque, la detenzione è direttamente subordinata alla volontà del possessore. Al secondo gruppo appartengono le ipotesi in cui la detenzione ha titolo in un diritto personale di godimento del bene (locazione, comodato, ecc.) o in un potere di gestione nell'interesse altrui (mandato, curatela testamentaria)<sup>130</sup>.

La detenzione come tale dunque si sottrae alla disciplina del possesso. In particolare, essa non è utile ai fini dell'usucapione. Tuttavia, c'è un caso in cui detenzione e possesso condividono la medesima regola applicativa: la detenzione qualificata è tutelata alla stregua del possesso; il detentore qualificato può, infatti, avvalersi al pari del possessore, dell'azione di spoglio e, se in buona fede, fa suoi i frutti

---

l'elemento oggettivo, nel senso che in presenza di una corrispondenza obiettiva non occorre una ricerca sull'intenzione del soggetto.

<sup>129</sup> La giurisprudenza, Cass. 20 maggio 2008, n. 12751, ha puntualizzato che ciò che il detentore deve provare è di avere esercitato il potere di fatto sulla cosa in nome altrui, a prescindere dalla validità ed efficacia del titolo, che serve solo ad esplicitarne l'origine e il contenuto.

<sup>130</sup> La giurisprudenza invece basa la distinzione tra i due gruppi in riferimento all'elemento dell'interesse proprio (detentore qualificato) o altrui (detentore non qualificato), senza che però se ne trovi alcun riscontro nella norma.



della cosa<sup>131</sup>. Inoltre, la detenzione – in generale – persiste finché la disponibilità della cosa non ne risulti definitivamente impedita.

È doveroso segnalare che con riguardo alla contrapposizione possesso-detenzione recente dottrina si è espressa in termini differenti qualificando la detenzione quale situazione di diritto<sup>132</sup>.

Mantenendo ferma la definizione di possesso quale «esercizio di un potere di fatto sulla cosa, (...) ovvero esplicazione di un potere sulla cosa a prescindere dal diritto di possederla»<sup>133</sup>, si qualifica la detenzione come «potere basato, di volta in volta, su una situazione giuridica, e precisamente in forza di un contratto (locazione, comodato, appalto, ecc.), oppure in adempimento di un obbligo»<sup>134</sup>.

Si ricava che – a prescindere dalla fonte della situazione di appartenenza – la detenzione è, in ogni caso di «una fattispecie disciplinata dalla legge, di una situazione (non di fatto ma) di diritto»<sup>135</sup>.

La tesi di Patti così brevemente esposta propone una rilettura degli articoli relativi alla disciplina del possesso: «le tesi su possesso e detenzione devono essere ripensate perché dall'esame della disciplina vigente risulta che l'unico potere di fatto è il possesso mentre la detenzione è una situazione di diritto. L'*animus possidendi* non rileva in alcun modo, poiché non è stato considerato elemento del possesso nella disciplina del codice civile. La giurisprudenza d'altra parte, pur continuando a ripetere le antiche formule, sembra confermare questa distinzione»<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> In particolare C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 80, giunge ad ipotizzare la confluenza della detenzione nella nozione di possesso ampiamente intesa come comprensiva della disponibilità di fatto a titolo di diritto personale di godimento. L'ipotesi è, tuttavia, difficilmente compatibile con il dettato normativo.

<sup>132</sup> Cfr. S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit.

<sup>133</sup> S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit., 3 secondo cui «elemento costitutivo del possesso sarebbe altresì la volontà del soggetto (*animus possidendi*), ma tale elemento non è preso in considerazione dalla legge vigente ed esso non ci sembra necessario per distinguere il possesso dalla detenzione».

<sup>134</sup> Cfr. in questo senso S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit., 16.

<sup>135</sup> S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit., 16.

<sup>136</sup> S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, cit., 17.

Quanto appena affermato non fa altro che corroborare la consapevolezza per cui si sta affrontando una materia scivolosa, dai confini indefiniti: un'analisi diacronica potrebbe soccorrere all'obiettivo che si è posto.

L'impostazione soggettiva, ancora molto diffusa in dottrina, risale infatti al diritto romano e viene poi ribadita dalla Pandettistica tedesca<sup>137</sup>. A sostegno di essa si osserva che nell'inquadramento del possesso e della detenzione si ritrova il medesimo elemento oggettivo che, come tale, non è idoneo a distinguere le due situazioni giuridiche.

Irrilevante, di contro, però, è l'*animus possidendi* se il soggetto ha la disponibilità della cosa in base ad un titolo di diritto personale di godimento o per ragioni di ospitalità o di servizio. Tale irrilevanza di volontà di possedere comporta che il possesso non è impedito dall'incapacità, o dall'incoscienza del soggetto, così come nemmeno dall'ignoranza del soggetto di avere la cosa nella sua disponibilità<sup>138</sup>.

15. Il profilo dell'acquisto: *traditio*, *constitutum possessorium* e *traditio brevi manu*.  
L'estraneità dell'accessione.

Tratteggiare i contorni della disciplina relativa alla circolazione del possesso significa chiarire i profili relativi all'acquisto, conservazione e perdita dello stesso<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> In particolare, Savigny identificò l'*animus* come volontà del soggetto di tenere la cosa come proprietario (*animus domini*). Tale volontà sarebbe decisiva al fine di distinguere il possesso dalla detenzione. Fiero antagonista di quest'ultimo fu lo Jhering, il quale sostenne che la distinzione tra detenzione e possesso sia sancita obiettivamente dalla norma giuridica. Per quanto riguarda invece le fonti romane, evidenziano la necessità della volontà di possedere e coerentemente negano che il *furiosus* e il *pupillus* possano acquisire il possesso; l'infante invece può possedere tramite il tutore. Cfr. *infra*, Cap. III.

<sup>138</sup> A titolo esemplificativo il proprietario è possessore dei frutti caduti sul suo fondo, pur se ignora il loro avvenuto distacco dagli alberi, così come è possessore delle cose che credeva di aver dato via.

<sup>139</sup> Merita qualche cenno il profilo relativo alla perdita, in termini di contrapposizione all'ipotesi acquisitiva. La perdita del possesso e cioè il venir meno della situazione possessoria, avviene per il venir meno di uno o di entrambi gli elementi che lo costituiscono. Nello specifico si ritiene che non possa rilevare una mera rinuncia, ma a tal fine è necessario il venir meno della disponibilità della cosa o il mutamento del titolo del possesso. In particolare, con riferimento al *corpus*, la perdita avviene solo

Tuttavia, si è precisato di volersi soffermare su ciò che concerne l'acquisto al fine di individuare possibili argomentazioni a favore di una circolazione traslativa del fenomeno possessorio.

È nota la distinzione che attiene anche all'istituto del possesso – oltre che il diritto di proprietà – tra acquisto a titolo originario e derivativo.

In breve, il possesso si acquista 'a titolo originario' con l'apprensione della cosa, nel caso di beni mobili, ovvero, per gli immobili, con l'esercizio su di essa di poteri di fatto corrispondenti a quelli del titolare di un diritto reale (c.d. occupazione)<sup>140</sup>. L'acquisto non è possibile, tuttavia, qualora questi siano l'effetto della mera tolleranza altrui (art. 1144 cod. civ.).

---

quando non si abbia più il potere di fatto sulla cosa a causa di un ostacolo duraturo, come avviene nel caso in cui la cosa sia sottratta da un terzo, oppure smarrita. È possibile individuare differenti cause di perdita del possesso, tra le quali quelle riguardanti i fatti volontari del possessore – rappresentati dalla consegna, dal c.d. *constitutum possessorium* e dall'abbandono della cosa –, quelle riguardanti i fatti involontari del possessore, quindi fatti naturali rappresentati dagli eventi naturali e da quei comportamenti non intenzionali che producono la perdita definitiva della cosa; in terzo luogo, potrebbero rilevare i fatti volontari del terzo, rappresentati dall'impossessamento senza o contro la volontà del possessore (ad es. il furto) e dall'interversione del possesso.

<sup>140</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 745. Solo qualche cenno sul punto. Acquisto a titolo originario significa senza una trasmissione da parte di altri, mediante l'impossessamento della cosa. L'impossessamento, quindi, è l'atto giuridico di apprensione delle cose senza o contro la volontà di un precedente possessore. Integra un fatto illecito nella seconda delle due ipotesi già menzionate, e cioè nel caso di impossessamento contrario alla volontà del soggetto (es. furto). Lecito è, invece, l'impossessamento consentito in modo espresso o tacito del possessore, che autorizza il prelievo diretto della cosa, come, per esempio, nelle vendite mediante macchine a gettoni o a self service. Altresì lecito è l'impossessamento delle cose suscettibili di occupazione. Malgrado – come già affermato – l'elemento soggettivo dell'*animus* sia citato nelle fonti romane, l'impossessamento si deve ravvisare in qualsiasi atto che conduca il soggetto ad acquistare la cosa nella sua disponibilità di fatto, a prescindere dalla sua capacità o consapevolezza. Non rappresentano fondamento per l'acquisto del possesso gli atti che si compiono per altrui tolleranza, cortesia o altro. In questo senso la tolleranza è intesa come l'atteggiamento permissivo del proprietario che accondiscende alle ingerenze altrui, consistenti in atti di utilizzazione del proprio bene. La tolleranza deve essere provata. Chi dispone di fatto della cosa si presume infatti che ne sia possessore. Quindi, ad esempio, se l'attore agisce per fare accertare l'acquisto di un immobile per usucapione, è onere del proprietario provare che l'attore lo ha utilizzato con la tolleranza del proprietario stesso.

L'ipotesi che interessa in questa sede riguarda l'acquisto a titolo derivativo cioè con la consegna o in caso di successione ereditaria. Modi di acquisto derivativi sono infatti quelli che comportano una 'trasmissione', quindi più interessanti al fine di ritenere ammissibile la circolazione traslativa del possesso, per cui rilevano il costituito possessorio, la *traditio brevi manu*, ma soprattutto la consegna. Da tale classificazione esula lo spoglio, modalità 'irregolare' di trapasso del possesso<sup>141</sup>.

La consegna – o *traditio* – è l'atto giuridico in senso stretto diretto ad immettere il destinatario nella disponibilità di fatto della cosa<sup>142</sup>. A tal proposito la dottrina prevalente esclude la natura negoziale della consegna in quanto l'atto non è volto a creare un autoregolamento di interessi ma a realizzare un risultato di fatto. Inoltre, il consegnatario acquista il possesso se e in quanto alla consegna segua un comportamento corrispondente con l'esercizio di un diritto reale<sup>143</sup>. Tale consegna può essere effettiva, quando si trasferisce materialmente il possesso della cosa, oppure simbolica, quando per esempio si consegna la documentazione relativa alla cosa o le chiavi nel caso di un'abitazione.

Vi sono poi due casi di consegna consensuale e a questo proposito rilevano il c.d. *constitutum possessorium* e la *traditio brevi manu*<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Di modalità 'normale' (quindi regolare) per la circolazione del possesso parla anche B. TROISI, *I possessori. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 239.

<sup>142</sup> In particolare la dottrina, C.A. FUNAIOLI, voce *Consegna*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 131 ss., la definisce atto giuridico, e precisamente atto reale od operazione.

<sup>143</sup> A tal riguardo, la giurisprudenza (Cass. 1 dicembre 1992, n. 12832) specifica che "l'acquisto del possesso si verifica mediante la consegna che il precedente possessore faccia della cosa ad altri, in modo da metterla in suo potere e non con una mera enunciazione scritta di immissione in possesso, né con la nomina di un custode che, nel caso di immobili, ne prenda in consegna le chiavi, essendo necessario, anche a prescindere dall'apprensione materiale della cosa da parte dell'*accipiens*, che sia voluto il passaggio in suo favore del potere di fatto e, pertanto, che la cosa sia stata posta a sua disposizione, sì da consentirgli di agire liberamente su di essa.

<sup>144</sup> Vi è stato chi ha ricondotto il costituito possessorio e la *traditio brevi manu* nella più ampia categoria della consegna: v. P. FORCHIELLI, *I limiti oggettivi del concetto di consegna*, in *Scritti giuridici (1948-1994)*, Padova, 2000, 53; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 720 ss; G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 705, nt. 3. Invece, secondo G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1937, 76 ss., entrambe queste figure sarebbero dei residui storici, esito di un tentativo di spiritualizzare la consegna, intesa come atto essenziale per il trasferimento della proprietà; in questo senso esulano dal concetto di consegna.

Il c.d. *constitutum possessorium* si ha quando il vecchio possessore trasferisce ad altri il diritto a possedere, conservando però la detenzione.

In particolare, la dottrina – analizzando la fattispecie dal punto di vista dell’acquirente – identifica il costituito possessorio con l’acquisto del possessore indiretto, osservando che ciò può accadere in due distinte ipotesi: la prima si verifica in caso di acquisto del possesso di un bene detenuto da un terzo. Nello specifico, ha riscontro quando il proprietario (o il titolare di un altro diritto reale di godimento) aliena la cosa che si trova presso un detentore o possessore a minor titolo<sup>145</sup>. La seconda ipotesi si verifica in caso di acquisto del possesso di un bene che rimane nella detenzione dell’alienante ed è quindi riscontrabile quando l’alienante trattiene presso di sé la cosa alienata a titolo di detentore in nome dell’alienatario<sup>146</sup>.

Dall’altro lato, invece, la c.d. *traditio brevi manu* si ha nell’ipotesi inversa, cioè quando chi deteneva la cosa a nome altrui ne acquista il possesso a nome proprio<sup>147</sup>.

Sebbene sia discusso se sia possibile la trasmissione del mero possesso conservando la proprietà del bene, non vi è dubbio che ai fini del trasferimento del possesso può essere sufficiente un mero accordo tra le parti non accompagnato da un’effettiva consegna e presa di possesso materiale del bene: esse possono inserire in modo espresso al contratto ad effetti reali un comune costituito possessorio.

Occorre precisare che le disposizioni riguardanti la circolazione del possesso nel regime dedicato dal codice civile sono solamente due, ovvero l’art. 1141 e 1146 c.c. quest’ultima, al comma 1, dispone che il possesso continua nell’erede con effetto dall’apertura della successione<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> A titolo esemplificativo, si riporta il caso del proprietario che vende l’immobile locato ad un terzo.

<sup>146</sup> Si riporta il caso del venditore che si obbliga a custodire la cosa venduta per conto del compratore.

<sup>147</sup> Ciò accade per esempio quando colui che ha una cosa in comodato ne acquista la proprietà.

<sup>148</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Successione nel possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, XXIV, Torino, 2010, 971 s., precisa che l’espressione ‘erede’ può essere intesa in tre modi: nel senso di soggetto vero erede, indipendentemente se abbia o no posseduto; di soggetto che possegga come erede, sia poi erede o meno; di erede che abbia posseduto a tale titolo. Sono tre significati distinti e incompatibili, e ciò nonostante alternativamente seguiti dalla giurisprudenza. La dottrina maggioritaria segue la prima interpretazione, v., uno per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 756. V. anche R. SACCO, *Il possesso la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, III, VII, Milano, 1960, 44; di recente si veda T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, cit., 1147 ss. Interessante è il profilo relativo all’applicabilità della norma anche alla successione di persone

Di successione nel possesso, si può parlare infatti soltanto con riguardo all'ambito *mortis causa* degli acquisti, in particolare si verifica nel caso di successione *mortis causa* a titolo particolare.

Secondo l'opinione tradizionale, il successore *mortis causa* a titolo universale subentra nella posizione del *de cuius* in maniera automatica al momento dell'accettazione dell'eredità, con effetto retroattivo dall'apertura della successione<sup>149</sup>.

Il possesso dell'erede, infatti, presenta i caratteri della continuità e della derivatività dal possesso: il possesso dell'erede presuppone il preesistente possesso in capo al defunto e, ovviamente, l'accettazione da parte dell'erede. Egli può così computare il proprio possesso, ai fini dell'usucapione o dell'esercizio delle azioni possessorie, includendo anche il possesso del suo dante causa. Si ha una sostituzione da parte dell'erede, che continuerà l'insistenza sulla cosa esercitata dell'ereditando, al quale succede nei medesimi caratteri: un possesso di buona fede, se il defunto era in buona fede, di mala fede<sup>150</sup>, nella situazione opposta<sup>151</sup>.

L'ipotesi appena accennata non si applica, tuttavia, alla successione *mortis causa* a titolo particolare, riconducibile invece al secondo comma della disposizione in oggetto, relativo all'«accessione del possesso», come identificato dalla stessa rubrica.

L'effetto che deriva dalla successione nel possesso appena delineata determina la 'comunicazione' del possesso del *de cuius* nell'avente causa a titolo universale, senza tuttavia poter parificare il possesso alle altre situazioni giuridiche soggettive del defunto; si ritiene sia integrativa di una *fiction iuris*<sup>152</sup> nel senso che gli eredi subentrano nel possesso del bene senza necessità di materiale apprensione del bene. Ciò che preme sottolineare è che non si ha alcuna estinzione del rapporto originario, ma soltanto un fenomeno di trasferimento in capo al nuovo avente causa: l'effetto che si ottiene da

---

giuridiche, in particolare alla fusione o incorporazione di società, come precisato da C. TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, cit., 35.

<sup>149</sup> Questo trascurando il principio della sesina, secondo cui l'erede subentra nel possesso dei beni ereditari indipendentemente dall'accettazione dell'eredità.

<sup>150</sup> Se il defunto era possessore di mala fede, infatti, tale sarà reputato l'erede, pur se questi ignorasse di ledere l'altrui diritto.

<sup>151</sup> V. F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., 27 ss., che aggiunge: «Una volta avvenuta la successione nel possesso, l'erede deve esercitare il suo potere, non essendo concepibile che egli possa conservare il possesso senza esercitare alcuna attività sulla cosa».

<sup>152</sup> Così A. PICCIOTTO, *La "cessione del possesso"*, cit., 1437.

tale trasferimento è quindi solo quello di modificazione della posizione precedente; l'identità del diritto trasferito – laddove si parli di posizione attiva – resta invariata.

Per successione – come noto – s'intende «il fenomeno giuridico consistente in ciò che un soggetto (successore) subentra in una posizione attiva o passiva, o in più posizioni attive o passive, o in una somma di posizioni attive e passive, di cui altro soggetto era titolare. Questo fenomeno si compenetra nel trasferimento della posizione o delle posizioni dal soggetto, che ne era titolare, ad altro soggetto: trasferimento che giustificato dall'ammessa possibilità del passaggio da un soggetto ad un altro (...) consiste in una vicenda non estintiva della posizione o delle posizioni soggettive, rimanente, ovvero rimanenti, in vita insieme al rapporto o ai rapporti, in cui è ovvero sono inserite»<sup>153</sup>.

Resta fondamentale comprendere per la presente indagine quanto possa estendersi questo concetto di successione: «l'ampiezza della sfera di applicazione della successione nel diritto non può essere ridotta nell'esercizio dell'autonomia privata se non entro i limiti stabiliti dalla legge. (...) La sfera medesima corrisponde ad ogni fattispecie di trasferimento del diritto»<sup>154</sup>. Il problema risulta auto evidente in relazione al trasferimento del possesso: non può di certo parlarsi *tout court* di trasferimento di un diritto.

Pur tuttavia è notorio come oggetto di successione tra vivi possa essere anche il possesso che «oltre che un potere di fatto, è altresì un potere giuridico, atto ad essere considerato un diritto soggettivo, sia pure affievolito (dato che si fa valere anche contro il proprietario, ma cede di fronte alla rivendica svolta da questo)»<sup>155</sup>.

Quanto appena detto manifesta la sua utilità nel nostro sistema di riferimento: se infatti, con assoluta sicurezza, la regola è quella secondo la quale la successione si ammette in ordine ai diritti patrimoniali, nei quali tuttavia vi sono eccezioni, sia con riguardo ai diritti reali<sup>156</sup> sia per quanto riguarda i diritti di credito<sup>157</sup>; ancora, nonostante

---

<sup>153</sup> V. A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, cit., 1250.

<sup>154</sup> V. A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, cit., 1251.

<sup>155</sup> Cfr. A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, cit., 1252.

<sup>156</sup> I diritti di uso e di abitazione sono intrasmissibili; l'usufrutto non può essere oggetto di successione a causa di morte.

<sup>157</sup> Ne viene preclusa la circolazione quando rileva la persona del creditore, come ad esempio nei crediti inerenti al contratto di lavoro, ovvero derivanti da mandato.

le limitazioni presenti, il fenomeno assume una portata tale per cui può dirsi evidente il «favore dell'ordinamento per la continuità delle posizioni soggettive e dei rapporti di cui essere solo elementi: la mobilità di tali posizioni e rapporti, corrispondente ad un impulso dinamico, si concilia coll'esigenza della continuità, che vuol dire conservazione»<sup>158</sup>.

Il perché della trattazione del concetto di successione in questa fase risiede nella considerazione per cui è rilevante la fonte della successione; si tratta in altri termini di distinguere l'acquisto originario dall'acquisto derivativo.

Come detto, non ogni forma di acquisto può dare luogo ad un fenomeno di successione; inoltre tale concetto di successione sembra incompatibile con quello di acquisto derivativo. Ma la successione dei diritti «rappresenta una qualifica possibile ma non necessaria dell'acquisto derivativo medesimo. (...) La successione intesa come la identificazione normativa di due situazioni giuridiche aventi il medesimo contenuto e il medesimo oggetto e di cui l'una si sostituisce all'altra è una qualificazione particolare di una fattispecie acquisitiva, che però è indipendente dalle modalità e dalla fonte dell'acquisto»<sup>159</sup>. In particolare, si può escludere che si abbia successione nella ipotesi del cosiddetto acquisto derivativo-costitutivo.

Diversa è, invece, l'accessione del possesso. Essa può verificarsi nel caso di successione a titolo particolare, sia *inter vivos* – ad esempio compravendita –, sia *mortis causa* a favore del legatario.

In particolare, può evidenziarsi sin da subito che giurisprudenza e dottrina – sul presupposto che non esisterebbe nel nostro ordinamento una preclusione assoluta nell'ammettere un trasferimento del possesso<sup>160</sup> – hanno precisato che la disposizione in parola, art. 1146 comma 2, c.c., si riferisce anche al successore *inter vivos*<sup>161</sup> e, sulla base di quest'incontestata apertura, alcuni autori ne hanno fatto leva per ammettere, in generale, la trasferibilità del possesso<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Cfr. A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, cit., 1257.

<sup>159</sup> R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, cit., 610.

<sup>160</sup> In questo senso, M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1428.

<sup>161</sup> Cass. 30 luglio 1984, n. 4525; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 755, ha cura di sottolineare che «l'accessione non è una vicenda successoria». Si vedano, in generale, R. SACCO, voce *Accessione del possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, XXIV, Torino, 2010, 1 s.; F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., 28 ss.

<sup>162</sup> M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1428.



Ai sensi dell'art. 1146, comma 2, c.c., il successore a titolo particolare può, infatti, unire al proprio possesso quello del suo dante causa per goderne gli effetti. L'accessione è, dunque, l'unione del possesso del successore a titolo particolare con il possesso del dante causa. Proprio per effetto di questa unione dei possessi, l'acquirente a titolo particolare può conteggiare il possesso del suo dante causa e dei precedenti alienanti per completare il tempo del possesso utile sia ai fini dell'usucapione, sia ai fini della tutela possessoria<sup>163</sup>.

Ai fini dell'accessione del possesso sono necessari due elementi: un titolo idoneo al trasferimento della proprietà o altro diritto reale di godimento e l'identità della cosa<sup>164</sup>. L'accessione, dunque, non è vicenda successoria e quindi non trasmette al nuovo possesso i caratteri del vecchio possesso: il nuovo possessore che ignori di ledere il diritto altrui sarà quindi possessore di buona fede nonostante la mala fede del suo dante causa.

L'effetto è il seguente: a differenza della successione nel possesso, l'accessione dà luogo all'unione di due possessi in presenza di determinati caratteri; in ogni caso l'una o l'altra figura risulta applicabile unicamente al possesso, con esclusione della mera detenzione<sup>165</sup>.

La terminologia aiuta a comprendere il fenomeno, differenziandolo dal precedente<sup>166</sup>: in questo caso il successore a titolo particolare può 'accedere' – nel senso

---

<sup>163</sup> Si riporti per completezza il seguente esempio: il signor Tizio compra un appartamento da Caio che non è il proprietario; il signor Caio aveva posseduto l'immobile per 12 anni. Tizio possiede l'appartamento per altri 8 anni e lo acquista per usucapione avendo sommato il periodo di tempo del suo possesso con il periodo del possesso di Caio.

<sup>164</sup> A tal riguardo dottrina e giurisprudenza reputano che ai fini dell'accessione del possesso l'acquirente possa avvalersi di un titolo astrattamente idoneo, escludendosi l'operatività della norma in questione in presenza di un titolo nullo, non essendo quest'ultimo idoneo al trasferimento.

<sup>165</sup> In senso contrario A. PICCIOTTO, *La "cessione del possesso" tra teoria e prassi, in particolare nelle terre di diritto tavolare*, in *St. iuris*, 2002, 1437. Sul problema della successione e dell'accessione della detenzione v. R. OMODEI SALÉ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 182 ss.

<sup>166</sup> Il termine 'successione' può dare l'idea di una situazione di passività dell'avente causa, mentre 'accessione' di attività. Non è da sottovalutare l'utilizzo della preposizione 'del' in questo secondo caso, invece di 'nel', adoperata con riguardo alla successione: può suggerire una posizione differente da quella del mero subingresso, e ciò viene confermato dal «può unire» del comma 2 dell'art. 1146.

fisico di 'unire' – al possesso del suo dante causa – autore – per goderne degli effetti. In definitiva, al fine di realizzare l'unione del proprio possesso a quello dell'autore, esercitando la facoltà che la disposizione accorda al soggetto possessore, occorre un *quid pluris* rispetto all'acquisto del diritto, ovvero che si stabilisca un'ulteriore rapporto di fatto tra l'acquisto in parola e la cosa<sup>167</sup>; la consegna in quanto nozione necessariamente relazionale postula una relazione tra i due possessori che può tradursi anche in un negozio di trasferimento quindi in una fattispecie che rinviene la propria essenza nell'accordo tra le parti.

Un tale successore può dunque invocare come fatto acquisitivo del possesso l'atto d'acquisto del suo autore, mediante un atto volontario, espressione di una sua facoltà, che si realizza attraverso la congiunzione del proprio a quello del *de cuius*. Ciononostante, è necessaria la presenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto<sup>168</sup> – quindi anche se la *res* è proveniente *a non domino* – e l'identità della cosa. Controverso, invece, è il requisito dell'uniformità dei possessi, cioè l'identità del tipo o titolo possessorio<sup>169</sup>.

16. Il principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet* e la tutela dell'affidamento per negare la vendita del possesso.

---

<sup>167</sup> Cfr. Cass. 24 gennaio 2000, n. 742, in *Mass. giur. it.*, 2000 che ribadisce: «In tema di accessione nel possesso, mentre il comma 1 dell'art. 1146 c.c. stabilisce la continuazione del possesso del *de cuius* in capo all'erede senza alcuna interruzione per effetto dell'apertura della successione, il comma 2 della norma citata prevede, per il successore a titolo particolare (tanto *inter vivos* quanto *mortis causa*), la facoltà di unire il proprio possesso a quello del suo autore, con la conseguenza che tale successore non subentra *ipso facto* nel possesso della cosa per effetto dell'acquisto del diritto, occorrendo, all'uopo, che si stabilisca un ulteriore rapporto di fatto tra detto acquisto e la cosa, analogo, se pur distinto, a quello fra la cosa stessa ed il suo dante causa, non essendo sufficiente, ai fini dell'*accessio possessionis*, il semplice diritto a possedere».

<sup>168</sup> Così Cass. 12 gennaio 1977, n. 128; Cass. 7 febbraio 1979, n. 839 e altre; di recente, Cass. 16 marzo 2010, n. 6353. Per una dettagliata visione della giurisprudenza sul punto v. M. DE TILLA, *Il possesso*, I, in *Trattato di diritto immobiliare*, Milano, 2005, 209 ss.

<sup>169</sup> Sembra invece pacifica la necessità, a differenza dell'ipotesi di cui al comma 1, di un'apprensione materiale del bene (Cass. 1 dicembre 1992, n. 12832).

Il tema della vendita del possesso così come è stato ricostruito intreccia una categoria fondamentale propria del nostro sistema giuridico, ovvero quella degli acquisti *a non domino*: note sono infatti le definizioni del possesso in termini di «mezzo tecnico normale di tutela dell'acquirente dal non titolare»<sup>170</sup>, ovvero di «fatto neutro, sprovvisto di qualsiasi forza di significazione»<sup>171</sup>.

A questo proposito, vengono in rilievo due differenti argomenti: da un lato, il c.d. principio dell'apparenza giuridica; dall'altro lato, il profilo delle limitazioni al diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo: il passaggio del mero possesso si ritiene sia irrilevante nelle limitazioni del diritto di proprietà<sup>172</sup>.

È evidente che il tema della vendita del possesso è stato approfondito sotto molteplici prospettive dalle quali emerge chiaramente una rinnovata – forse mai sopita – attenzione allo studio del possesso. In termini ancora più generali, si è vedrà che la tematica oggetto di indagine attiene al fenomeno della circolazione giuridica dei beni – *prius* logico è, chiaramente, la configurazione delle (nuove) forme di appartenenza –, circolazione che deve necessariamente tenere in considerazione la diffusione di nuove tipologie di beni, l'influenza della c.d. analisi economica del diritto<sup>173</sup> – l'accentuazione sul valore d'uso e non di mero scambio dei beni medesimi, nonché l'esigenza di una sempre maggior celerità dei traffici commerciali<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1968, 9.

<sup>171</sup> Cfr. A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 50.

<sup>172</sup> Basti un cenno in questa sede alle limitazioni previste dal codice, quindi il patto di prelazione, le clausole di gradimento, ecc.

<sup>173</sup> Cfr. *infra*, Cap. II.

<sup>174</sup> Cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 682 ss., in specie 682 s., il quale ritiene che «l'esigenza di rendere più spedite le varie forme di circolazione giuridica dei beni con l'estendersi del commercio e dei traffici e con l'intensificarsi del ritmo dei rapporti economici, ha imposto nei tempi moderni una rafforzata tutela dei terzi e, per converso, una minore garanzia dei diritti preesistenti e delle situazioni giuridiche precostituite. (...) Da noi si cercò di dare una presentazione, aderente col diritto positivo, di cui si sfruttarono al massimo spunti e allusioni, delle dottrine germaniche e si proposero le teorie della tutela dell'aspettativa e del possesso dei diritti: finché non si pervenne ad un franco ed integrale accoglimento della teoria e del principio della apparenza».

In che termini la tematica della circolazione traslativa del possesso si intreccia con il principio dell'apparenza giuridica? Al fine di rispondere al quesito centrale appena posto occorre chiarire brevemente il contenuto di tale principio<sup>175</sup>.

È noto che il principio dell'apparenza giuridica – nonostante le numerose spinte verso un suo disconoscimento nel nostro ordinamento – trovi un campo di applicazione privilegiato nel possesso.

L'operazione di definizione non è agevole<sup>176</sup>, tuttavia può dirsi che nel nostro ordinamento si rinvencono una serie di situazioni – singole fattispecie di apparenza – quali vere e proprie situazioni di fatto giustificate, dal punto di vista della tutela garantita dall'ordinamento ai soggetti terzi, in modo differente, come accade nel caso della situazione possessoria.

In particolare, si tratta di situazioni fattuali che manifestano come reale una situazione giuridica – *apparentia iuris* – non reale; le fattispecie in questione sono caratterizzate dalla mancanza di un documento ovvero di un titolo formale, per cui la tutela trova necessariamente fondamento nella buona fede.

Il collegamento tra quanto appena esposto e il tema della vendita del possesso potrebbe rinvenirsi nel senso di ritenere il nostro tema come un'ipotesi limite all'applicabilità del principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet*, ovvero come eccezione a tale principio, al fine di riempire di contenuto le situazioni di appartenenza a non domino che sono riconosciute, sotto diverse formulazioni, dal nostro ordinamento<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1993, 353 ss., in specie 353, il quale evidenzia subito come il tema in questione sia complesso ma fondamentale al punto da aver da «acquisito strada facendo un'importanza di primo piano dal punto di vista: della storia delle idee; del diritto privato italiano e della ricerca dei fattori che lo determinano; dell'analisi dogmatica degli istituti; della ricostruzione dei contenuti profondi degli ordinamenti civil-commercialistici contemporanei».

<sup>176</sup> Cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, cit., 684, secondo cui infatti «la definizione teorica della categoria e la costruzione dell'istituto giuridico corrispondente vanno compiute sulla scorta delle norme del nostro diritto positivo nelle quali sicuramente si prevedono e disciplinano fenomeni di apparenza, e della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha permesso di discutere il principio e il suo ambito di applicazione, la sua casistica, i suoi problemi principali.

<sup>177</sup> Cfr. G. ALPA, voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Milano, 1996, 355 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006, 23; S. ZORZETTO, 'Lex specialis derogat generali': tra storia e teoria, in 'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto,

La vendita del possesso, infatti, potrebbe essere interpretata nell'ottica dell'apparenza (che, come visto, si fonda sulla mancanza della legittimazione formale a disporre – il *titulus* –) di una situazione del 'come se a disporre fosse un non proprietario', un possessore appunto, sul presupposto quindi di intendere l'essenza di tale situazione di appartenenza – rispetto alla pienezza che caratterizza il diritto di proprietà – nella inesistente titolarità del diritto soggettivo. Con la conseguenza di ritenere ampliata l'area che abbiamo definito del 'disponibile'.

L'effetto sarebbe quello di qualificare diversamente tale fattispecie in termini di 'potere giuridico', convertendo l'assenza di legittimazione in una legittimazione effettiva nascente dalla situazione di apparenza.

In altri termini, si tratta di verificare la tensione intercorrente tra questo principio – il confronto con la disposizione di cui all'articolo 1153 cod. civ. è emblematica: fattispecie in cui l'alienazione posta in essere ottiene rilevanza come fatto che concorre con altri fatti ad integrare una fattispecie legale di acquisto, predisposta a tutela dell'affidamento del terzo<sup>178</sup> – e l'interesse alla circolazione giuridica dei beni e alla sicurezza dei traffici commerciali, al fine di rinvenire un giusto compromesso tra i due principi in quanto «una rigida tutela del titolare del diritto, una difesa intransigente del principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet*, risulterebbero in definitiva dannose al titolare stesso»<sup>179</sup>.

Si tratta quindi di verificare se la vendita del possesso possa essere ascritta a quelle ipotesi già presenti nel nostro ordinamento, quindi se tale principio – meglio il suo corollario *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis* – possa essere compreso, limitato, derogato.

---

Napoli, 2016, 123 ss. Con riguardo al diritto romano (su cui v. *infra* in relazione al concetto di successione), v. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in BIDR, XIV, 1901, 127 ss.; P. BONFANTE, *La 'successio in universum ius' e l' 'universitas'*, in *Scritti giuridici vari. I Famiglia e successioni*, Torino, 1916, 250 ss.; R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, in SDHI, X, 1944, 1 ss.; B. BIONDI, *'Universitas' e 'successio'. Saggio di anticritica, di storia e dommatica romana*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 17 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Acquisto*, 1. *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 508 ss.; U. ROBBE, *La 'successio' e la distinzione fra 'successio in ius' e 'successio in locum'*, I, Milano, 1965, 104 ss. Da ultimo, A. SALOMONE, *Intorno alla regola 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2017, 1 ss.

<sup>178</sup> Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 9 s.

<sup>179</sup> cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 29.

L'angolo visuale della 'sperimentazione' è quello classico, tradizionale in chiave di trasferimento del diritto, che implica – automaticamente – l'impossibilità di ritenere trasferibile il possesso: si tratta quindi di riconoscere la possibilità di vedere nel possesso una situazione di apparenza che possa essere quindi tutelata dall'ordinamento – a rigore prima riconosciuta e poi tutelata – in termini di diritto<sup>180</sup>.

A fronte della ricostruzione della situazione possessoria effettuata – nonché dal riferimento che sarà fatto con riguardo alle fonti del diritto romano classico – emerge la sedimentazione dell'idea di possesso in termini di *res facti*: dottrina e giurisprudenza dominanti qualificano il possesso in termini di situazione di fatto – ancorché rilevante per il diritto – per cui l'antico principio *nec cives ad arma veniant* che viene in rilievo – tanto da costituire la *ratio* della sua tutela – importa l'impossibilità di qualificare differentemente ciò che appare come situazione di fatto.

In altri termini, la ricostruzione del nostro sistema di diritto positivo in chiave di tutela del soggetto proprietario – a cui si affianca la costruzione del diritto in termini di rilevanza di chi non appare proprietario a fronte di determinate circostanze – sembra incontrovertibile.

Il sistema tuttavia è obbligato a fare i conti con l'esistenza di situazioni difformi per così dire alla regola generale, e offrire soluzione ai casi in cui ciò che si trasferisce non è l'oggetto di un diritto.

Chi trasferisce non essendo proprietario trasferisce pur sempre un 'diritto' perché solo un diritto può essere oggetto di trasferimento: in altri termini, chi trasferisce per il tramite di una situazione di apparenza, non essendone quindi proprietario – appare qualcosa di diverso o qualcosa che non c'è –, trasferisce pur sempre il diritto di proprietà che si costituisce laddove chiaramente ricorrano i presupposti che l'ordinamento impone. Ecco integrata la categoria degli acquisti *a non domino*.

Infatti, l'espressione acquisto *a non domino* fa riferimento a una serie di fattispecie nelle quali «l'elemento comune è costituito da un atto di disposizione avente

---

<sup>180</sup> Cfr. A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto. Apparenza*, cit., 5, il quale ritiene infatti che «il nostro ordinamento tutela il possesso esclusivamente per la sua intrinseca realtà e non perché esso venga considerato normale manifestazione esterna del diritto di proprietà: se esige che il possessore per beneficiare di quella tutela giuridica, deve assumere un comportamento corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, ciò fa all'unico scopo di definire la fattispecie medesima del possesso».

per oggetto un diritto spettante ad un soggetto diverso dall'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste»<sup>181</sup>.

La vendita del possesso – o il c.d. acquisto derivativo dello stesso – a quale delle ipotesi individuate può essere ricondotta? Posto che il termine acquisto nel linguaggio giuridico ha un significato 'anfibologico', ovvero può designare sia l'atto di acquisto, sia l'effetto giuridico dell'atto – e ciò in relazione al possesso, è evidente con riferimento alla *traditio* – si tratta di verificare più da vicino la fattispecie, andando oltre il profilo strutturale appena delineato, tenendo fermi i confini del ragionamento.

La *ratio* del principio dell'apparenza è quindi quella di supplire all'imperfetto sistema di pubblicità del nostro ordinamento e al carente formalismo giuridico che individua un profilo dal forte carattere sociologico al quale deve aggiungersi la considerazione in forza della quale ciò che può circolare è solo il diritto e il riferimento va al concetto di passaggio del – solo – diritto nella sfera giuridico-patrimoniale altrui<sup>182</sup>.

Ancora, «il proprietario che trasferisce ad altri il possesso in base a un titolo di alienazione viziato, non può essere considerato, per sé solo, ragione sufficiente di tutela del terzo acquirente, appunto perché il possesso materiale della cosa non è di per sé idoneo a costituire una situazione di apparenza del diritto, ma solo in quanto sia accompagnato da altre circostanze, che non possono essere predeterminate in una rigida fattispecie normativa e la cui individuazione e valutazione, alla stregua di *standards* sociali, dovrebbero invece essere rimesse volta per volta al giudice mediante una clausola generale»<sup>183</sup>.

Ne consegue che «non possono pertanto dare luogo ad ipotesi di apparenza quei fatti che sono caratterizzati da una struttura opaca e che perciò non sono in grado di segnalare alcunché, al di fuori della propria esistenza. È perciò che, almeno per il

---

<sup>181</sup> Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 3.

<sup>182</sup> La fattispecie di riferimento è quella individuata dalla regola possesso vale titolo di cui all'art. 1153 cod. civ., ma il principio – ovviamente – vale anche nei casi dell'erede apparente, del creditore apparente.

<sup>183</sup> V. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 101.

nostro diritto positivo, la fattispecie del possesso non può venire correttamente considerata come figura di apparenza»<sup>184</sup>.

La possibilità per il terzo acquirente – che acquista dal non titolare del diritto – di vedersi accordata tutela dall'ordinamento è legata infatti al verificarsi di tre presupposti: 1) la presenza di un titolo regolare che fondi l'acquisto; 2) la presenza della buona fede nell'acquirente; 3) l'esercizio del possesso, ovvero la presenza di una situazione materiale di esercizio del diritto.

In particolare, i primi presupposti hanno carattere legale, ovvero sono fondati sull'interpretazione del dato normativo; l'ultimo, invece, è «costituito da una situazione estrinseca, rilevante nell'ambiente sociale, la quale, a stregua appunto di una obiettiva valutazione sociale, diminuisce e deprime la posizione giuridica del *dominus* e corrispondentemente rafforza la posizione del terzo avente causa *a non domino*»<sup>185</sup>.

*A fortiori*, esistono anche altri diritti che non possono essere oggetto di disposizione<sup>186</sup>, per cui potrebbe trarsi la seguente considerazione: se vi sono ulteriori situazioni giuridiche soggettive – e non di mero fatto – che non possono circolare, che non possono essere oggetto di vicende traslative, che non possono essere trasferite, a maggior ragione non può circolare il possesso, quale mera situazione di fatto.

A contrario, tuttavia, al fine di supportare l'indagine che vuole ritenere ammissibile la circolazione negoziale del possesso, si potrebbe ritenere il trasferimento negoziale del possesso come una 'eccezione' al principio *nemo plus iuris potest in alium*

---

<sup>184</sup> Cfr. A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto. Apparenza*, cit., 51, in specie nt. 17 nella quale l'Autore specifica come anche la dottrina tedesca, nonostante la peculiare funzione della *traditio*, ha finito per negare che il possesso costituisca di per sé un fenomeno di apparenza.

<sup>185</sup> In questo senso, L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 30 ss., che argomenta anche con riguardo al diritto romano dove «la tutela dell'acquirente di un bene mobile seguiva le regole dell'*usucapio*; in questo senso rileva la progressiva estensione del concetto di furto/ divieto di usucapione delle *res furtivae* (correlativa ipotesi di vendita di cosa già di proprietà del compratore), dal quale emergono i requisiti necessari affinché fosse accordata tutela all'acquirente di un bene dal non proprietario. Il diritto romano, in ogni caso, risulta caratterizzato «da un ordinamento fondamentalmente unitario dei diritti sulle cose, sia mobili che immobili»

<sup>186</sup> Il riferimento va in particolare alla categoria dei diritti assoluti di natura personale come il diritto alla salute, il diritto al nome ecc.



*transferre quam ipse habet*, valorizzando come vedremo l'attribuzione patrimoniale che si ricollega al passaggio *inter vivos* di una situazione possessoria.

## CAPITOLO II

### L'AMMISSIBILE CIRCOLAZIONE TRASLATIVA DEL POSSESSO. DISPONIBILITÀ E ATTRIBUZIONE PATRIMONIALE.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Le differenti ipotesi di trasmissione del possesso. – 3. L'immissione nel possesso quale fenomeno tipico della prassi notarile. – 4. I settori emergenti del diritto a rinnovare la riflessione sui concetti giuridici di bene e possesso. – 5. La giurisprudenza europea: CEDU e diritto di proprietà. – 6. Istanze *de iure condendo* di matrice europea. – 7. La disciplina giuridica del possesso: tracce di una sua circolazione. – 8. Il c.d. danno da lesione del possesso. – 9. L'autonomia della situazione possessoria. – 10. Il contributo della dottrina più recente. La teoria della rinuncia alla tutela possessoria. – 11. La c.d. teoria dell'attività. – 12. La tesi della funzione sociale dei beni. – 13. Alcune riflessioni sull'accessione. – 14. Il contratto di vendita con effetti obbligatori: la vendita con riserva della proprietà e la vendita di cosa altrui. – 15. Il possesso e la relazione *factum-ius*. – 16. Il profilo strutturale: la circolazione del possesso mediante contratto atipico. – 17. Il contratto di immissione nel possesso: considerazioni sull'atipicità e la valutazione della meritevolezza dell'interesse. – 18. Struttura e funzione del rapporto giuridico: il superamento delle tesi 'positive'. – 19. Rivalutazione del criterio della meritevolezza *ex* 1322, comma 2, cod. civ. – 20. Applicazione del tipo più simile. – 21. L'area del 'disponibile': il raffronto con la donazione di bene altrui.

#### 1. Considerazioni preliminari.

L'indagine sulla vendita del possesso può dirsi che abbia raggiunto – all'oggi – uno stadio di approfondimento per cui risulta possibile ricostruire alcuni filoni di pensiero volti a sostenere la tesi positiva che ritiene configurabile tale operazione negoziale.

Si tratta quindi di ripercorrere le differenti teorie e valorizzare le argomentazioni poste a sostegno, al fine di comprendere se effettivamente quanto affermato possa dirsi sufficiente sul piano dell'individuazione dello strumento giuridico più adeguato in grado di dare forma all'idea individuata nel capitolo precedente, ovvero se vi sono argomenti – ulteriori rispetto a quelli che andremo a presentare – per ritenere ammissibile una disposizione negoziale del possesso.

In particolare, si tenterà di mettere in luce che ciò che può costituire oggetto di trasferimento *inter vivos* può essere anche qualcosa di differente rispetto al diritto – assoluto su una cosa o relativo – in quanto ciò di cui io posso disporre, il 'disponibile', ricopre un'aria più ampia rispetto a quanto invece è fatto coincidere con il diritto soggettivo; ciò comporta una scissione logico-concettuale tra l'area della 'disponibilità' di – per ora può dirsi in generale – un'entità e l'area della titolarità di quest'ultima<sup>187</sup>.

## 2. Le differenti ipotesi di trasmissione del possesso.

Le ragioni che possono comprovare la necessità di una nuova indagine sul profilo legato all'acquisto negoziale nel regime della circolazione del possesso sono molte; senza offrire un ordine di preferenza, in primo luogo, può volgersi l'attenzione a quanto reso evidente dalla prassi, ovvero alle differenti ipotesi di 'trasmissione'<sup>188</sup> del possesso che non trovano, sulla base della normativa vigente, una soluzione che possa dirsi soddisfacente<sup>189</sup>.

L'ipotesi che interessa approfondire è, come visto, quella della volontà del cedente di trasferire il mero possesso della cosa separatamente dalla proprietà della

---

<sup>187</sup> Il ragionamento prende forma anche con riguardo all'ipotesi di donazione di bene altrui, cfr. *infra*, § 20.

<sup>188</sup> Si usa volutamente il termine trasmissione che non presenta una qualificazione tecnica, poiché sarà doveroso chiarire i termini della questione anche e soprattutto con riguardo al profilo terminologico.

<sup>189</sup> Cfr. di recente i contributi monografici di M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 1 ss., e C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., *passim*.

stessa: si integra così la dissociazione tra – la titolarità del – diritto reale e situazione possessoria che inerisce il bene<sup>190</sup>.

Nello specifico, è possibile tratteggiare due distinzioni a seconda che il soggetto che cede il possesso abbia programmato o meno con l'avente causa la trasmissione medesima.

Si evidenziano i seguenti casi: a) il soggetto che possiede il bene, ma non risultano integrati tutti gli altri requisiti relativi al possesso *ad usucapionem* (quindi la continuità, la non interruzione, la pacificità e la pubblicità); b) il soggetto che, acquistando *a non domino* il solo possesso del bene e non la proprietà della cosa (per la mancanza di un requisito legale), intende cedere il – possesso del – bene medesimo; c) il soggetto che ha acquistato il bene dal proprietario in base ad un titolo nullo: il medesimo titolo è idoneo comunque alla trasmissione del possesso del bene, possesso che lo 'pseudo-acquirente' vuole cedere a terzi; d) il soggetto autore di uno spoglio che abbia iniziato a possedere e decida di trasferire a terzi la disponibilità materiale del bene; e) il caso di colui che, in qualità di possessore, abbia apportato significative migliorie al bene, pur tuttavia non è più in grado di proseguire nell'attività di sfruttamento produttivo e abbia quindi la necessità di cedere ad altri il proprio possesso<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Sul tema della disposizione negoziale del possesso cfr. di recente P. GALLO, *Possesso (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 429 ss.; L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 831 ss.; S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto 'apolide' in cerca di cittadinanza*, cit., 315 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 291 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 487 ss.; A. PICCIOTTO, *La 'cessione del possesso' tra teoria e prassi, in particolare nelle terre di diritto tavolare*, in *St. iuris*, 2002, 1435 ss.; G. GRASSO, *La 'trasferibilità' del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 703 ss.; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 23 ss.; B. TROISI, *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., *passim*; R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, XXIV, Torino, 2010, 238 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 22 ss.; R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*<sup>3</sup>, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 2014, 22 ss.; T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, cit., 2664 ss.; C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., *passim*.

<sup>191</sup> Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 12 ss., in cui l'Autrice evidenzia che «contrariamente a quanto di potrebbe pensare ed a dispetto della scarsa litigiosità documentata nei repertori di giurisprudenza, la casistica si palesa, almeno in astratto piuttosto ricca; sicché sarebbe errato

Si ritiene che un esempio concreto possa chiarire meglio i contorni del problema giuridico.

La fattispecie è la seguente: Tizio acquista un bene immobile – si pensi ad un appartamento – e a tal fine conclude con Caio un contratto di compravendita nella forma dell'atto pubblico. Mevio, trascorsi parecchi anni, promette a Tizio la vendita di un secondo appartamento adiacente all'immobile del primo, con l'aggiunta di un vano cantina e un vago garage.

All'interno del contratto preliminare si statuisce, in primo luogo, un termine per la consegna dell'immobile in oggetto che comporta la consegna differita rispetto alla conclusione del preliminare, ma anticipata rispetto alla stipula del definitivo; in secondo luogo, un termine per la stipula del contratto definitivo di vendita.

La consegna in effetti si verifica, tanto che Tizio decide, una volta venuto in possesso di entrambe le unità immobiliari, di ampliare la propria abitazione, apportando le opportune modifiche. La stipula del definitivo, al contrario non avviene, nonostante le sollecitazioni del promissario acquirente a tal fine.

Decorsi più di vent'anni dalla conclusione del contratto preliminare, la parte promittente venditrice – che, a rigore, non risulta essere essa stessa proprietaria della *res* oggetto di cessione nel contratto preliminare in quanto il bene è stato ricevuto tramite preliminare stipulato dall'impresa di costruzione – decide di rivendicare la proprietà dell'immobile, contestando l'intervenuta usucapione a favore di Tizio che eccepisce quindi il suo possesso protratto nel tempo.

Si configura un caso evidente di vendita *a non domino*, ovvero un caso di vendita del possesso; si tratta quindi di verificare se possa ritenersi valido ed efficace un contratto come quello appena descritto, nel quale il contenuto si esplica nella forma di una disposizione negoziale del possesso. La soluzione più diffusa nella prassi notarile è quella di richiamare l'intervenuta usucapione pur in assenza di una sentenza dichiarativa<sup>192</sup>.

Sullo sfondo emergono con forza numerosi principi del nostro ordinamento che – vedremo in quale misura – costituiscono in parte un limite a ciò che si cercherà

---

accedere all'equazione, giusta la quale esigua ricorrenza del problema nella pratica degli affari equivale a dire che la vendita del possesso è solo il possibile oggetto di sterili dispute dottrinali».

<sup>192</sup> Si tratta di una ipotesi di 'pseudo vendita del possesso'. Cfr. *infra*, § 7.

di sostenere: il riferimento va, tra i molti, al principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet* che regola gli acquisti *a non domino*<sup>193</sup>; al principio del legittimo affidamento fatto proprio dalla Corte Costituzionale italiana, ma applicato in larga misura anche all'interno dell'ordinamento europeo<sup>194</sup>; al principio consensualistico per la produzione dell'effetto reale; al principio del *numerus clausus* che regola i diritti reali<sup>195</sup>.

### 3. L'immissione nel possesso quale fenomeno tipico della prassi notarile.

In secondo luogo, la necessità di indagare la tematica così individuata emerge dalla prassi notarile che – anche sulla base dell'esempio appena esposto – si confronta con ipotesi negoziali di acquisti *a non domino*: il notaio si vede costretto quindi a modulare il contenuto contrattuale conformemente alla volontà dei contraenti, individuando soluzioni giuridicamente percorribili.

Con le espressioni 'cessione del possesso', 'trasferimento del possesso', 'immissione nel possesso' si fa infatti riferimento ad un fenomeno tipico della realtà notarile, nella quale la c.d. clausola di immissione nel possesso è adoperata maggiormente all'interno di contratti di compravendita volti al trasferimento della proprietà di beni immobili, ma pur sempre idonei a trasferire il possesso in capo all'avente causa<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, in particolare L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit.

<sup>194</sup> Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, 142 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2006.

<sup>195</sup> Cfr. da ultimo, E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali. Spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080 ss.

<sup>196</sup> Ccon riferimento alle clausole notarili cfr. G. IACCARINO, *Clausole sul 'possesso' nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 64 ss. Cfr. ancora sulla circolazione negoziale del possesso L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 831 ss.; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss., con nota di M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*. V. a titolo esemplificativo, la clausola avente per oggetto il trasferimento del possesso su un bene immobile: «Gli effetti giuridici del presente contratto decorrono da oggi, a beneficio ed a carico delle parti; da oggi la parte acquirente viene immessa nel materiale godimento e pertanto da oggi stesso vantaggi e oneri relativi saranno rispettivamente a

Può solo accennarsi che – come noto – tale prassi si è diffusa in particolar modo a seguito dell'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in particolare art. 17, successivamente abrogato dall'articolo 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 e sostituito dall'articolo 46 dello stesso d.P.R.<sup>197</sup>, al fine di ovviare alla nullità riconosciuta agli atti di trasferimento costituzione o estinzione di diritti reali su immobili privi di un provvedimento amministrativo di carattere autorizzativo<sup>198</sup>.

---

favore e carico della parte acquirente»; oppure «Con oggi si trasferiscono a favore degli acquirenti la proprietà e il possesso dell'immobile venduto, nello stato ed essere in cui attualmente si trova con tutti i diritti e servitù inerenti nella maniera più ampia e generale, e in particolare libero da coltivatori aventi diritto di prelazione ai sensi delle leggi 26 maggio 1965 n. 590 e 14 agosto 1971 n. 817», o ancora, «la vendita segue con tutte le garanzie di legge circa la proprietà e libertà dell'immobile venduto, il cui possesso viene trasfuso agli acquirenti con effetto immediato».

<sup>197</sup> 'Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici la cui costruzione abusiva sia iniziata dopo il 17 marzo 1985': 1. Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù. 2. Nel caso in cui sia prevista, ai sensi dell'articolo 38, l'irrogazione di una sanzione soltanto pecuniaria, ma non il rilascio del permesso in sanatoria, agli atti di cui al comma 1 deve essere allegata la prova dell'integrale pagamento della sanzione medesima. 3. La sentenza che accerta la nullità degli atti di cui al comma 1 non pregiudica i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare la nullità degli atti. 4. Se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omissa. 5. Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. L'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria. 5-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi realizzati mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 23, comma 1, qualora nell'atto non siano indicati gli estremi della stessa. Con riguardo a questo aspetto si v. C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1990, 12 ss.; F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir., civ.*, 2002, 738 ss.

<sup>198</sup> Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 12, in specie nt. 33, nella quale l'Autrice evidenzia che con la vendita del possesso d'acquirente, data la usucapibilità dei beni abusivi, potrebbe

In particolare, il problema della cessione del possesso, come nella fattispecie sopra esposta, viene spesso affrontato assieme all'affine problema dell'alienabilità dell'immobile usucapito prima dell'accertamento dell'intervenuta usucapione tramite sentenza<sup>199</sup>. Si ritiene infatti che «ammettere una cessione di beni usucapiti, pur in difetto di accertamento giudiziale dell'acquisto, confessi la preferenza per la fluidità della circolazione dei beni, evitando che questa resti mortificata dai lunghi tempi necessari al pronunciamento del giudice»<sup>200</sup>.

Non vi è alcun dubbio infatti che i principali effetti che la legge accorda al possesso sono quelli ricollegati all'usucapione, all'acquisto *a non domino* immediato, nonché infine quello della preferenza tra più acquirenti dello stesso dante causa.

Ma i *commoda possessionis* non si esauriscono in ciò: il possesso, infatti, è previsto espressamente come fonte di diritti su beni del demanio, beni gravati da usi civici<sup>201</sup>; inoltre, non possono lasciarsi da parte le considerazioni già svolte legate alla tutela

---

acquistare a titolo originario per effetto del proprio possesso, non reversibile dal *dominus*, protratto per il periodo stabilito dalla legge (è evidente che l'ipotesi risulta tutt'altro che esente dal sospetto di dare vita ad una frode alla legge).

<sup>199</sup> Sul punto la giurisprudenza si è espressa nella recente sentenza Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in tema di validità degli acquisti relativi a ipotesi di usucapione non accertata giudizialmente. Cfr. M. COMPORTI, voce *Usucapione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; P. VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 3 ss.; M. D'ORAZI, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Notariato*, 2006, 88 ss., in specie nt. 14; C. BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2007, 628 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2, 2008, 160 ss. Da ultimo, A. SPATUZZO, *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, in *I contratti*, 2017, 601 ss. Con riguardo alla prassi infatti, come riporta A. SPATUZZO, *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, cit., 602. «Il dante causa non può infatti vantare una serie di trascrizioni in suo favore né sussiste un acquisto per successione: ciò avvertirà il notaio incaricato della stipula della carenza di un titolo negoziale valido ed efficace di provenienza. Dette criticità si destano sia che si affermi una usucapione totale sia che si invochi una usucapione parziale».

<sup>200</sup> A. SPATUZZO, *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, cit., 601.

<sup>201</sup> Cfr. F.S. GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1985, 4 ss.; F. PARENTE, *La liquidazione degli usi civili e il controllo sui vincoli alla circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 83 ss. Non può infine non evidenziarsi l'aspetto della tutela del possesso per il tramite delle azioni possessorie su cui v. A. LEVONI, *La tutela del possesso*, Milano, 1979, 177 ss.; U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso*, Napoli, 2006.



possessoria<sup>202</sup>, nonché a tutti i profili legati alla disciplina che saranno analizzati nel prosieguo dell'indagine.

Al fine di calarsi in una prospettiva concreta di rivisitazione del problema, occorre distinguere l'ipotesi in cui l'immissione nel possesso integri una mera clausola di stile inserita dal pubblico ufficiale nell'atto di compravendita – ipotesi nella quale risulta difficile rinvenirvi un autonomo significato giuridico<sup>203</sup> – da quelle ipotesi in cui si può parlare, dal punto di vista della sostanza, di un trasferimento *inter vivos* del possesso.

In particolare, si sta facendo riferimento alla necessità per il notaio chiamato a regolamentare una situazione di tal genere – una situazione di incertezza sulla titolarità del bene oggetto di trasferimento che importa inevitabilmente anche l'incertezza sulla situazione di appartenenza sul bene medesimo – di esporre alle parti i rischi relativi a tale operazione negoziale, che si traduce spesso (accanto all'ipotesi di intervenuta usucapione) in una peculiare regolamentazione della garanzia per evizione<sup>204</sup>.

Occorre dire, in termini generali, che quando si parla di una clausola inserita all'interno di un contratto si fa riferimento a quella parte elementare – irriducibile – del contratto, anche quando essa consti di più disposizioni le quali costituiscano il precetto unitario che disciplina un'obbligazione contrattuale<sup>205</sup>.

Sono clausole di stile quelle espressioni generali inserite frequentemente nei contratti notarili che, intese a colmare eventuali omissioni, rimangono nella sostanza prive di un qualsiasi significato giuridico per la mancanza di un concreto contenuto volitivo riferibile al negozio posto in essere dalle parti. Al fine di valutare la portata di una clausola, occorre indagare in concreto se il contenuto in essa espresso sia realmente

---

<sup>202</sup> Cfr. *supra*, § 13.

<sup>203</sup> La clausola di cessione del possesso si inserisce oggi in un senso quasi rafforzativo della fattispecie che si sta realizzando all'interno di un contratto di compravendita immobiliare. Si tratta di una tendenza sempre più frequente nella prassi evidenzia comunque l'autonomia della situazione possessoria: 'tanto il possesso di diritto come quello di fatto vengono trasfusi nella parte acquirente in questo momento per cui da oggi andranno in suo favore i redditi ed a carico graveranno le pubbliche imposte'.

<sup>204</sup> Cfr. ancora Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485.

<sup>205</sup> Cfr. ad esempio Cass. n. 2123/1979. V. anche Cass., 20 giugno 2017, n. 15237 per cui le clausole inserite in un contratto notarile, benchè si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non sono qualificabili come predisposte dallo stesso, ai sensi ed agli effetti dell'art. 1341 cod. civ., e quindi, ancorchè vessatorie, non necessitano di specifica approvazione.

voluti dalle parti, se quindi vi sia una manifestazione di volontà da tradurre in prescrizione<sup>206</sup>.

Nel caso della c.d. clausola di immissione nel possesso è evidente che la prospettiva d'indagine è volta a superare l'impostazione tradizionale che circoscrive il campo di applicazione al contratto di compravendita, quindi alla produzione di un effetto traslativo in proprietà sul bene oggetto della cessione; si tratta quindi di valorizzare tutte quelle fattispecie che pare più corretto inquadrare sotto lo schema della disposizione negoziale di una situazione possessoria, in quanto ciò che rileva è l'incontro di due volontà idoneo a trasferire il possesso<sup>207</sup>.

#### 4. I settori emergenti del diritto a rinnovare la riflessione sui concetti giuridici di bene e possesso.

In terzo luogo – a sostegno della necessità di un'indagine in questa direzione – vi sono istanze avanzate dai nuovi settori del diritto: sono infatti molte le ipotesi ricostruttive nelle quali emerge l'idea di una trasferibilità del mero possesso tramite un negozio *inter vivos*.

L'analisi relativa a questi nuovi settori del diritto coinvolge, in particolare, le caratteristiche del tipo di bene che s'intende trasferire, quindi ha riguardo all'oggetto della cessione più che al profilo strutturale integrato dal negozio.

I settori cui ci si riferisce sono la circolazione dell'azienda, la circolazione degli strumenti finanziari, il pegno rotativo, nonché i diritti edificatori.

*In primis*, con riguardo all'azienda, il dibattito che la riguarda più da vicino attiene alla sua natura giuridica<sup>208</sup>: la giurisprudenza maggioritaria la interpreta, ai sensi

---

<sup>206</sup> La clausola di mero riferimento allo stato di fatto dell'immobile, contenuta nel relativo contratto di compravendita, ha natura di clausola di mero stile. Cfr. Cass. 6062/1983.

<sup>207</sup> Il riferimento va alla vendita di un bene con esclusione della garanzia dell'evizione (la quale produce effetti reali immediati), ovvero la vendita di un bene altrui, produttiva di effetti reali differiti.

<sup>208</sup> Si veda M. CASANOVA, voce *Azienda*, in *Dig. disc. civ. - Sez. comm.*, II, Torino, 1987, 77 ss. in particolare, si contrappone la teoria atomistica secondo la quale si prendono in considerazione solo i singoli beni aziendali e si nega che al titolare spetti una titolarità sul complesso degli stessi in quanto tale, alla teoria unitaria – come si vedrà prevalente in giurisprudenza – secondo cui l'azienda è una *universitas*. Tale

dell'articolo 816 c.c., nei termini di una *universitas rerum*, «comprendente cose materiali e immateriali, funzionalmente organizzate in un complesso unitario ad un unico fine e, come non si richiede per la sua esistenza che concorrano tutti gli elementi, specie quelli immateriali, così la titolarità dell'azienda può essere disgiunta dalla proprietà dei beni strumentali, destinati al funzionamento di essa, posto che l'azienda appartiene alla categoria degli oggetti di diritto, mentre è l'imprenditore il soggetto che assume l'iniziativa ed il rischio dell'attività economica produttiva, risolvendosi nel complesso dei beni aziendali all'uopo organizzati»<sup>209</sup>.

In particolare, la tesi oggi dominante qualifica l'azienda in termini di universalità di diritto e non di fatto, secondo un orientamento in forza del quale l'azienda comprende tutti i beni (e non i diritti) materiali ed immateriali che la compongono<sup>210</sup>.

Come è stato già evidenziato<sup>211</sup>, la Suprema Corte di Cassazione è recentemente intervenuta con la sentenza 5 marzo 2014 n. 5087 sul profilo relativo alla circolazione dell'azienda e alla sua possibilità di acquisto per usucapione.

---

concezione si basa sulla destinazione unitaria dei beni che la compongono. La differenza pertanto tra universalità di fatto e di diritto consiste nella circostanza che, secondo la seconda tesi, sarebbero compresi nel concetto di azienda non solo i beni materiali o immateriali, ma anche tutti i rapporti giuridici, quali i servizi, i contratti, i debiti ed i crediti ad essa relativi. Si ritiene infine che l'azienda, in quanto tale, sia un bene mobile registrato (anche quando al suo interno vi siano immobili).

<sup>209</sup> Cfr. in questo senso, Cass. 22 marzo 1980, n. 1939.

<sup>191</sup> Si veda, *ex multis*, U. NAVARRINI, voce *Azienda commerciale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm. it.*, IV, Torino, 1899, 737 ss., «l'azienda sarebbe una *universitas facti* e quest'ultima a sua volta consisterebbe in un aggregato di cose variabili secondo la volontà di chi le ha unite, al servizio a fini patrimoniali di colui che la crea». D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 359 e A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale, Parte generale*, Torino, 1928, 273, «l'azienda è economicamente la riunione dei fattori della produzione, capitale e lavoro, organizzati per la produzione dall'imprenditore e quindi giuridicamente è un insieme di beni (il capitale) e servizi (il lavoro) organizzati dall'imprenditore, ove anche i servizi rientrano sotto l'ampia categoria delle cose (...) l'azienda è una semplice *universitas facti* per la cui composizione e la cui vita è decisiva la volontà del proprietario». Si veda inoltre G. VILLANI, voce *Trasferimento d'azienda*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, Torino, 2000, 784 ss.

<sup>211</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 4.

La Cassazione – interrogandosi sul problema se l'azienda possa costituire o meno oggetto di possesso<sup>212</sup> – ha affermato che «il concetto normativo di azienda ha una, per così dire, doppia anima: da un lato, in quanto 'complesso organizzato', essa si presenta quale strumento di attività, finalizzato all'esercizio di impresa; dall'altro, in quanto 'complesso di beni', mostra di consistere essa stessa in un bene giuridico, distinto dalle singole cose di cui è formata»<sup>213</sup>.

L'argomentazione della giurisprudenza di legittimità si sposta ora sullo specifico quesito, ovvero sulla possibilità di rendere l'azienda così come qualificata oggetto di possesso, quindi usucapibile; in particolare, facendo leva sul dato normativo di cui agli artt. 2556, comma 1 e 2561 cod. civ. – in forza del quale l'azienda può formare l'oggetto di proprietà e di usufrutto – si ricava la conseguenza che essa può essere anche oggetto di possesso quale corrispondente fattuale del diritto reale.

Per utilizzare le parole della Cassazione, «va innanzi tutto considerata la definizione del possesso, nell'art. 1140 cod. civ., come potere sulla cosa, che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Il possesso è dunque configurabile sempre che, rispetto allo stesso bene, sia ipotizzabile la proprietà o un altro diritto reale, al cui esercizio corrisponda l'attività del possessore. (...) È dunque pienamente giustificata l'affermazione che colui il quale esercita sull'azienda un'attività corrispondente a quella di un proprietario o di un usufruttuario la possiede, e, nel concorso degli altri requisiti di legge, la usucapisce»<sup>214</sup>.

Se ne ricava una puntuale definizione di possesso che si identifica nel «complesso dei beni unitariamente considerato, e non già ai singoli beni, che come è noto non appartengono necessariamente al titolare dell'azienda, e seguono le regole di circolazione loro proprie»<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Cfr. *Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it*, 2014; in *Notariato*, 2014, 2, 163; in *Società*, 2014, 5, 616; in *Nuova giur. civ.*, 2014, 7-8, 1, 639, con nota di DELLI PRISCOLI, *L'usucapione dell'azienda fra ragioni della proprietà e ragioni dell'impresa*; in *Giur. it.*, 2015, 1, 62, con nota di AURELI, *L'acquisto d'azienda per usucapione: scenari in evoluzione*; in *Foro it.*, col. 1826, con nota di MEDICI, *Un cerchio che stenta a chiudersi: l'usucapione unitaria di azienda*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2014, con commento di BARILLÀ, *Usucapione di azienda al vaglio delle sezioni unite: un importante precedente*.

<sup>213</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 5.

<sup>214</sup> Cass. 5 marzo 2014, n. 5087.

<sup>215</sup> La Corte prosegue nell'argomentazione: «la stessa nozione di cosa non è naturalistica, ma economico-sociale, sicché non sarebbe illogico trattare come cosa tutti quei possibili oggetti di rapporti giuridici che

Senza potersi dilungare sul punto e senza poter trarre dalle argomentazioni appena riportate affermazioni di principi di diritto che vadano oltre la fattispecie circostanziata, ciò che emerge – nelle stesse parole dei giudici di legittimità – è un’avvertenza metodologica: «la complessa storia della concezione del possesso, dalle fonti romanistiche agli ordinamenti moderni, e del suo oggetto o, più precisamente, del modo di intendere la ‘cosa’ che ne può costituire oggetto non sembra autorizzare affermazioni dogmatiche troppo categoriche, fermo restando che il ritorno ad una dilatazione della nozione della cosa che può essere oggetto di possesso, sino ad includervi i diritti o i rapporti giuridici, sarebbe sicuramente incompatibile con la formula del codice civile»<sup>216</sup>.

Tale indicazione deve quindi tradursi, al fine di ricavare un risultato razionale, in un vaglio critico di quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, al fine di poter rivendicare come possibile una soluzione positiva al quesito della vendita del possesso.

In secondo luogo, il riferimento va alla c.d. ricchezza dematerializzata, ovvero alla circolazione degli strumenti finanziari oggetto di una possibile decartolarizzazione, con successiva dematerializzazione del supporto cartaceo<sup>217</sup>.

---

non hanno natura corporea. Ora, se non può escludersi la configurabilità di un bene costituito da una cosa immateriale, come nei casi comunemente citati di proprietà intellettuale, non sembra che vi sarebbero insormontabili ostacoli di diritto positivo al riconoscimento di una ‘cosa’ (l’azienda) costituita da un ‘complesso organizzato di beni’, conformemente all’indicazione dell’art. 2555 cod. civ. Il fatto che l’art. 1140 cod. civ., restringa il possesso (e quindi l’usucapione) alla ‘cosa’ non implica necessariamente neppure l’esclusione categorica della cosa immateriale, quale sarebbe, secondo un’opinione dottrinale, il ‘complesso organizzato di beni’, distinto dagli stessi beni singolarmente considerati, e inteso come ‘organizzazione’, e precisamente come frutto di attività dell’uomo».

<sup>216</sup> Cass. 5 marzo 2014, n. 5087.

<sup>217</sup> Cfr. in termini generali, M. CIAN, voce *Dematerializzazione*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 313 ss.; E. RIGHINI, voce *Strumenti e prodotti finanziari*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 1162 ss.; D. GALLETTI, voce *Cartolarizzazione dei crediti*, in *Enc. dir., II, Annali*, Milano, 2008, 214 ss.; ancora, E.M. MASTROPAOLO, voce *Dematerializzazione (strumenti finanziari)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, Milano, 2007, 238 ss.; F. BRIOLINI, voce *Cambiali finanziarie*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, Milano, 2015, 68 ss.; Sul tema in generale della dematerializzazione e della compatibilità con la disciplina e la nozione cartolare, si veda M. CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, in *Callegari-Cottino-Desana-Spatazza, I titoli di credito*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2006,

Di recente si è posto all'attenzione anche il problema relativo alla qualificazione giuridica dei contratti aventi contenuto digitale, con particolare attenzione alle fattispecie che realizzano il trasferimento di un contenuto digitale verso un corrispettivo in denaro<sup>218</sup>.

Si tratta di beni che sono qualificati come beni immateriali, per cui emerge la necessità di capire se dal punto di vista dello strumento di circolazione risulta possibile utilizzare lo schema tipico della vendita, ovvero quello della locazione di beni mobili, ovvero se si debba preferire il contratto atipico.

Senza dubbio – anche solo in chiave propositiva e non definitoria – ciò che emerge è la necessità di una nuova riflessione sia sul concetto di bene giuridico – e in questo senso soccorrerà l'attenzione alle fonti classiche di diritto romano che non utilizzano indistintamente le differenti espressioni linguistiche di *possessio*, *possidere*, *res*, ecc...–, sia sulla configurazione giuridica delle forme di appartenenza, ovvero delle nuove forme di manifestazione del potere di fatto su una cosa.

In terzo luogo, è necessario fare un breve cenno al pegno rotativo e ai diritti edificatori. Nella categoria degli strumenti predisposti dal Legislatore come garanzia al credito, il pegno rotativo assume rilevanza nella direzione volta a dare rilievo al fenomeno di circolazione del possesso<sup>219</sup>.

Si tratta di una figura non prevista all'interno del codice civile, ma elaborata dalla prassi e in riconosciuta talune leggi speciali<sup>220</sup>. Nello specifico, il pegno rotativo

---

107 ss; ancora, R. LENER, *La «dematerializzazione» dei titoli azionari e il sistema monte titoli*, Milano, 1989, *passim*.

<sup>218</sup> Cfr. d. lgs n. 21 del 2014 che, in attuazione della direttiva europea del 25 ottobre 2011 n. 83, ha modificato gli articoli 45-67 del codice del consumo, con riferimento all'espressione «i dati prodotti e forniti in formato digitale». Cfr. R. PANETTA, *La responsabilità civile degli internet provider e la tutela del diritto d'autore*, in *Dir. industriale*, 2017, 61 ss.; F. MORLANDO, *Codice delle comunicazioni elettroniche. Ius variandi e tutela dell'utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Giur. it.*, 2017, 1079 ss.; J. BASEDOW, *European Contract Law and Digital Agenda*, in *Contr e impr./Eur.*, 2016, 423 ss.; C. SAPPÀ, *Opere orfane: la soluzione europea*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, 671 ss.

<sup>219</sup> Cfr. A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, IX, Torino, 2014, 274 ss.

<sup>220</sup> Il riferimento va alla Legge n. 401/1985, che disciplina la costituzione di pegno su prosciutti a denominazione di origine tutelata; alla Legge n. 122/2001, che ha esteso l'applicabilità di tale normativa ai prodotti lattiero-caseari; infine al d.lgs. n. 170/2004 – di attuazione della dir. 2002/47/CE in materia

costituisce una configurazione particolare del contratto di pegno che si verifica quando le parti inseriscono nel regolamento negoziale una clausola che – mantenendo fermo il titolo originario garantito – rende possibile la sostituzione del bene o dei beni oggetto della garanzia<sup>221</sup>.

La giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla validità e sull'efficacia del patto di rotatività<sup>222</sup> e sulla continuità della garanzia a seguito della sostituzione dell'oggetto originario del pegno con uno nuovo e ha individuato taluni punti fermi in materia: in primo luogo, i nuovi beni devono essere consegnati al creditore; in secondo luogo, la consegna deve essere accompagnata da una scrittura avente data certa, la quale contenga sufficiente indicazione della cosa, oltre che del credito; infine, la sostituzione deve avvenire entro i limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno, giacché, solo in tal caso, rimane immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio e non si determina alcun pregiudizio per gli altri creditori<sup>223</sup>. Con la sentenza 22 dicembre 2015, n. 25796, la Corte di Cassazione interviene definitivamente a chiarire che il pegno con clausola di c.d. rotatività è lecito purché le parti sottoscrivano un accordo scritto in cui venga espressa la volontà di

---

di garanzia finanziaria – ove si ammette la pattuizione che attribuisce al creditore pignoratizio la facoltà di disporre delle attività finanziarie oggetto di pegno con l'obbligo di ricostituire la garanzia equivalente in sostituzione di quella originaria.

<sup>221</sup> Sul concetto di rotatività si v. E. GABRIELLI, voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, 102 ss.; M.M. D'AGUI, *Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta*, in *Contratti*, 2013, 1003 ss; C. ABATANGELO, *La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità*, in *La resp. Civ.*, 2011, 661 ss; G.B. BARILLÀ, *Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, 111 ss; L. RUGGERI, *Il pegno rotativo*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, 709 ss;

<sup>222</sup> La giurisprudenza si è pronunciata per la prima volta con la sentenza 28 maggio 1998, n. 5264.

<sup>223</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 2 ottobre 2012, n. 16725 su cui v. A. SCARPELLO, *L'oggetto del pegno nelle sue variazioni tipologiche. Riflessioni a margine di Cass. sez. un. n. 16725/2012*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 22552. È intervenuta a chiarire la necessità del rispetto di un ulteriore presupposto, ovvero che le parti richiamino la convenzione costituiva del pegno nell'atto di sostituzione del bene, ovvero sia che rendano esplicita la sostituzione dell'oggetto dell'originaria garanzia, richiamandone almeno l'atto costitutivo nel momento in cui lo estendono a un nuovo oggetto. In questo senso, cfr. P.E. MERLINO, *Sisifo Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di Cassazione III sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 1526*, in *Notariato*, 2011, 162 ss.

assoggettare a garanzia una certa quantità di beni mobili e la rotatività lasci invariato il valore economico dei titoli corrispondente alla capienza della garanzia prestata<sup>224</sup>.

Residua la figura del pegno mobiliare non possessorio introdotto dall'art. 1 del D.L. 3 maggio 2016, n. 59, il quale consente al debitore di trattenere il possesso del bene oggetto di garanzia. In particolare, è consentito costituire un pegno non possessorio a garanzia di obbligazioni proprie o altrui su un bene che può essere trasformato, alienato o comunque oggetto di disposizione con il solo limite di rispetto della destinazione economica<sup>225</sup>.

Ciò che è necessario evidenziare è il mutamento dell'oggetto della garanzia reale nella sua dimensione materiale che produce una modifica sul concetto di garanzia medesimo in quanto essa si trasferisce, in particolare, sul corrispettivo della sua cessione, sul nuovo bene. Costituisce un'ipotesi di garanzia speciale sia rispetto al pegno, sia rispetto al pegno rotativo essendo caratterizzata da un particolare ambito applicativo: dal punto di vista soggettivo può essere costituito solo da imprenditori iscritti nel registro delle imprese, siano essi creditori o debitori pignorati; dal punto di vista oggettivo, può avere ad oggetto solo beni mobili – anche immateriali, con esclusione dei beni mobili registrati – esistenti o futuri, determinati o determinabili – destinati all'esercizio dell'impresa, nonché crediti derivanti da (o inerenti a) tale esercizio. Inoltre, il credito garantito deve essere inerente all'esercizio dell'impresa e deve essere predeterminato l'importo massimo della garanzia al fine di tutelare gli altri creditori dell'imprenditore, nel rispetto del generale principio della *par condicio creditorum*.

Per quanto concerne la circolazione dei diritti edificatori<sup>226</sup>, la prassi nonché la legislazione evidenziano l'esigenza di risolvere in via negoziale la c.d. capacità

---

<sup>224</sup> Più di recente, si veda Trib. Roma, n. 2764/2017. Cfr. G.B. BARILLÀ, *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, 5 ss., il quale evidenzia che il recepimento legislativo introduce istituti già conosciuti e presenti nella prassi – come appunto il pegno mobiliare non possessorio – se non addirittura noti dal diritto romano (il patto marciano).

<sup>225</sup> Cfr. I. BAGHI, *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 1380 ss; E. GABRIELLI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 1715.

<sup>226</sup> Cfr. Art. 41 *quinquies*, ult. co., della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. "Legge urbanistica"), introdotto dall'art. 17 della l. 6 agosto 1967, n. 765, nonché C. St., Sez. IV, 26 novembre 2008, n. 4647. Il presupposto è quello per il quale lo *ius aedificandi* che inerisce alla proprietà dei suoli deve essere esercitato «nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici. Infatti, in relazione alla prassi dei trasferimenti



edificatoria delle aree andando oltre i limiti dell'ormai superata cessione di cubatura, quale accordo ad efficacia meramente obbligatoria, in forza del quale il proprietario si impegna nei confronti dell'altro proprietario sia a non richiedere il permesso di costruire sia a favorire il permesso altrui<sup>227</sup>.

I nuovi modelli di pianificazione urbanistica sono consensuali: la perequazione, la compensazione e la premialità, infatti, creano diritti edificatori in forza del consenso delle parti e a prescindere dalla titolarità dell'area edificabile; generano in altri termini una scissione della capacità edificatoria della proprietà del terreno<sup>228</sup>.

Il profilo relativo alla natura di tali diritti non è privo di opinioni contrastanti in dottrina<sup>229</sup>: da un lato vi è la tesi dell'interesse legittimo pretensivo<sup>230</sup>; dall'altro lato

---

di cubatura, si ritiene che i proprietari di aree, che non dispongono della cubatura necessaria, per realizzare un determinato progetto edilizio, possono procurarsi la volumetria mancante acquistandola dai proprietari dei terreni contigui, che non siano interessati a realizzare un pari sviluppo edilizio sui loro terreni. Tale operazione può attuarsi per il tramite dell'autonomia privata, nonché attraverso gli strumenti di pianificazione urbanistica introdotti dalla prassi. Sul punto cfr. A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000, *passim*.

<sup>227</sup> Cfr. S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 11 ss.

<sup>228</sup> Cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA.VV. *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 42 ss.; B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 19 ss.; A. ALAMANNI, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 653 ss.; R. CIMMINO, *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2014, 152 ss. Si parla in particolare della c.d. circolazione in volo, in quanto il diritto edificatorio, non essendo facilmente riconducibile alla categoria dei diritti reali, costituisce l'esercizio di una facoltà distaccata inerente al dominio, per cui il titolare di esso gode di una posizione giuridica soggettiva autonoma.

<sup>229</sup> Si lascia a margine un profilo di disciplina relativo alla trascrizione in quanto non direttamente coinvolto nella presente indagine. Cfr. C. SIANO, *Circolazione dei diritti edificatori e trascrizione dei relativi atti*, in *Immobiliare e proprietà*, 2014, 500 ss.

<sup>230</sup> Cfr. P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 21 s; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983; M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contratto e impresa*, 1993, 274 ss.; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *EDP*, 1999, 1268 ss.; A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 302 ss.; F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, 'volo' e trascrizione*, in *Giur. civ.*, 2012, II, 101 ss.

vi è la tesi secondo la quale essi sono riconducibili a beni in senso tecnico<sup>231</sup>; infine, vi è a tesi dei diritti reali come diritti reali<sup>232</sup>. Si ricava quindi – data la necessità di rinvenire una forma di qualificazione compatibile con essi – che la particolare tipologia di beni rende opportuna una rivisitazione del concetto giuridico di possesso.

La circolazione dei diritti edificatori soggiace all'applicazione delle regole relative alla circolazione dei diritti immobiliari: in particolare, il riferimento va all'art. 2643 n. 2 *bis* cod. civ. in forza del quale vi è l'obbligo di pubblicità dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

#### 5. La giurisprudenza europea: CEDU e diritto di proprietà.

Nel valorizzare una disamina completa della materia, si tratta di verificare le nuove istanze provenienti dal diritto europeo per quanto concerne le situazioni di appartenenza<sup>233</sup>.

Si vedrà infatti – come è stato chiarito già in sede di introduzione – che approfondire il concetto di possesso, soprattutto nella dimensione dinamica legata alla sua circolazione, significa sfiorare molti e numerosi temi, a partire dal diritto di proprietà; nel volgere lo sguardo a quest'ultimo concetto poi, non si può – oggi – non tenere conto della sua dimensione europea, angolo visuale privilegiato per lo studio di ogni diritto fondamentale della persona.

Può dirsi addirittura che focalizzare l'attenzione sul diritto di proprietà consente di cogliere da più vicino le modificazioni che caratterizzano le relazioni tra i privati e i beni di loro appartenenza: la proprietà, quindi «quale vero e proprio

---

<sup>231</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 55; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 131 s.

<sup>232</sup> cfr. G. AMADIO, *I diritti edificatori*, cit., *passim*.

<sup>233</sup> Cfr. da ultimo, M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, 2013, 133 ss.

paradigma fondante del sistema, presupposto stesso dei rapporti tutti del diritto civile in ogni sua manifestazione»<sup>234</sup>.

L'aspetto che preme evidenziare è, infatti, il contributo offerto dalla giurisprudenza delle Corti Supreme<sup>235</sup> nella direzione della necessità di rivisitare la disciplina dei rapporti di appartenenza dei beni a partire dalla loro inclusione – che attiene al diritto di proprietà come diritto legato alla persona<sup>236</sup> – all'interno del catalogo dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>237</sup>.

La tutela del diritto di proprietà, infatti, deve tener conto della dimensione multilivello, quindi della necessità di coordinare la disciplina nazionale con quella

---

<sup>234</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattale delle fonti*, cit., 162, in cui l'Autore specifica che «non v'è dubbio che nella proprietà appaia ancora ravvisabile un punto di riferimento ideale, non anche ideologico, da cui è possibile derivare la costruzione di un complesso sempre più vasto di regole attinenti a campi differenti: da quello dell'appartenenza statisticamente intesa a quello del mercato, della famiglia, delle successioni (...). La proprietà appare in effetti la solida base concettuale su cui in definitiva poggiano tutti gli ordinamenti di matrice occidentale».

<sup>235</sup> Il riferimento va soprattutto per quanto concerne il nostro ordinamento alle sentenze della Corte Costituzionale italiana n. 348 e 349 del 2007 riguardanti gli artt. 5-bis e 5-bis comma 7-bis del decreto legge 11 luglio 1992, n. 133, in materia di indennizzo espropriativo e liquidazione del danno derivante da occupazione acquisitiva. Sul punto si v. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013; S. CARABETTA, *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *Jus civile*, 2015, 705 ss.

<sup>236</sup> I riferimenti normativi sono all'art. 1 Prot. n. 1 della CEDU, rubricato 'Protezione della proprietà': «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Inoltre si v. l'art. 17 della Carta di Nizza – recepita come noto all'interno del TUE – che proclama il diritto di proprietà: «ogni individuo ha diritto di godere della proprietà e dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

<sup>237</sup> Cfr. M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, cit., 133, in specie nt. 1.

prevista dalle fonti sovranazionali: in questa direzione, l'interpretazione che si ricava a partire dalle norme della Convenzione sui diritti dell'uomo, pur avendo una propria autonomia all'interno del singolo contesto normativo – la Convenzione appunto –, deve coordinarsi con la disciplina dello stesso istituto all'interno dei singoli ordinamenti interni<sup>238</sup>.

Non può essere certamente questa la sede per ripercorrere lo studio del tema con riguardo alle diverse e articolate fonti che intervengono sulla sua disciplina. In questa sede basti osservare che l'interprete oggi deve confrontarsi non solo con un sistema complesso di fonti, ma anche con la complessità della realtà: è sempre il diritto a doversi adattare alla realtà e non viceversa; nell'elaborazione, meglio nella modifica, dei modelli concettuali di riferimento, bisogna quindi tenere in considerazione quanto la realtà impone, quindi, in questa direzione la dematerializzazione della ricchezza.

A differenza di ciò che sarà approfondito nel paragrafo seguente, occorre notare come a livello europeo – in una prospettiva *de iure condito* – non esiste, con riferimento al diritto di proprietà nessun diritto uniforme, nessun codice di diritto privato europeo in chiave di armonizzazione della disciplina di tale istituto; sarebbe quindi più corretto parlare di una «interpretazione nazionale orientata secondo parametri europei»<sup>239</sup>.

La necessità di elaborare il concetto di proprietà nella sua dimensione plurale<sup>240</sup>, individuando per essa continuità e discontinuità che caratterizzano il suo nucleo essenziale proprio dell'idea di *dominium*<sup>241</sup>, deve riguardare – oggi più che mai – la configurazione del possesso e questa valutazione si impone già a partire dall'analisi di tale concetto con riguardo alle fonti del diritto romano<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Per quanto concerne il nostro ordinamento il perimetro normativo entro il quale ci si muove è individuato dagli artt. 41, 42, 43, 44, 47, comma 2, Cost., nonché dall'art. 832 cod. civ.

<sup>239</sup> M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, cit., 135.

<sup>240</sup> Il riferimento va a S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Le proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, 145 ss. Più di recente, A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza. Note a margine della teoria dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 ss.

<sup>241</sup> Sul punto v. T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. e impr./Europa*, 2010, 724 ss.

<sup>242</sup> V. ad esempio B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985.

Se infatti, come è stato già sottolineato, con riguardo al diritto di proprietà può evidenziarsi «una significativa persistenza della proprietà quale diritto ampio ed esclusivo da intendersi anzitutto come espressione di libertà; (...) in un sistema piuttosto ampio e articolato di situazioni di appartenenza caratterizzate da un minor grado di absolutezza ed esclusività»<sup>243</sup>, per quanto riguarda il possesso la sua rilevanza emerge ancora più forte a cospetto del cambiamento di prospettiva con cui si legge oggi il diritto di proprietà.

Il paradigma proprietario, in altri termini, a fronte della ridefinizione delle categorie concettuali delle situazioni di appartenenza, muta le sue coordinate o meglio le inverte: è la *res* che definisce il *ius* e non viceversa; l'idea alla base è che «l'asse del ragionamento dal quale occorre partire sia quello dell'appartenenza della '*res*-corpo' alla persona, modello dal quale muovevano nel loro ragionamento sia Savigny che Jhering»<sup>244</sup>. Gli autori cui si è fatto appena fatto riferimento ragionano in questi termini sul modello possessorio, già a partire dal possesso.

Ciò che si vuole proporre, quindi, è nell'ottica di una sempre maggiore valorizzazione del possesso e delle *res* in chiave europea: il sistema di riferimento, ancora fondato sul diritto di proprietà, mostra infatti una «controvertibilità interna assai più intensa quando si mettano a paragone gli ordinamenti continentali, di immediata derivazione dalla radice del diritto romano (*dominium*, poi *proprietas*) con il *common law*»<sup>245</sup> (difficile da porre a confronto, già per l'ambivalenza a livello sistematico tra *ownership* e *property*)»<sup>246</sup>.

## 6. Istanze *de iure condendo* di matrice europea.

---

<sup>243</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattalico delle fonti*, cit., 178 s.

<sup>244</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattalico delle fonti*, cit., 196, in specie ntt. 105 e 106.

<sup>245</sup> Resta esclusa, pur nella consapevolezza del valore implicito di tale profilo, l'indagine che attiene alla ricostruzione delle situazioni di appartenenza nel sistema di *common law*; in relazione al possesso si rinvia al recente contributo di M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 559 ss. e alla bibliografia *ivi* contenuta.

<sup>246</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il paradigma proprietario nell'ordine frattalico delle fonti*, cit., 162. Ancora, A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 633 ss.

Infine, vi sono anche istanze *de iure condendo* provenienti dal diritto europeo che, nel corso della sua evoluzione, ha portato avanti numerosi tentativi di uniformità del diritto con riguardo prima alla cooperazione giudiziaria in materia civile e della creazione di uno spazio giuridico europeo, per intervenire poi più da vicino nei vari settori del diritto privato.

Il riferimento – in un’ottica *de iure condendo* di approfondimento della materia possessoria – va soprattutto ai tentativi di armonizzazione<sup>247</sup> del diritto privato europeo che a partire dagli anni ’90 si sono diffusi a livello europeo con l’intento di uniformare la disciplina nei vari settori del diritto, la maggior parte dei quali questi rinvencono nel settore del diritto contrattuale il precipuo campo di applicazione<sup>248</sup>.

Come specificato in dottrina, infatti, «dall’*acquis* sui diritti del consumatore e dai tentativi di armonizzare del diritto contrattuale la dottrina ha preso lo spunto per realizzare un disegno ancora più ambizioso, la redazione di un testo che comprendesse anche gli istituti fondamentali del diritto civile e commerciale, una sorta di ‘codice civile’»<sup>249</sup>, cui deve aggiungersi l’aggettivazione ‘europeo’. Tuttavia non deve escludersi un’attenzione particolare anche al campo dei diritti reali, quindi in primo luogo alla proprietà e successivamente alla materia possessoria.

---

<sup>247</sup> Cfr. *ex multis* R. ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law: the “Europeanization” of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, in *ColJEL*, 1995, 63 ss.; ID., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001; L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l’Europa*, Roma, 1997; R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003; F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe*, Oxford, 1995; P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma, 2007.

<sup>248</sup> Non è certamente questa la sede per offrire una panoramica completa delle fonti del diritto privato europeo, il cui scopo è quello di armonizzare ‘in senso sostanziale’ il diritto, e, in particolare, il diritto dei contratti. Per citare i principali tentativi di armonizzazione – in una prospettiva che va oltre al diritto vigente e, in questo senso, oltre al diritto derivante dall’applicazione delle direttive europee –, l’attenzione per il settore del diritto contrattuale va rivolta in primo luogo al Codice europeo dei contratti redatto dall’Accademia dei giusprivatisti europei coordinata da G. Gandolfi (cfr. G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 275 ss; in secondo luogo ai PECL (Principles of European Contract Law), realizzati su iniziativa della Commissione per il diritto europeo dei contratti, presieduta da Ole Lando, contengono regole da applicare ai contratti internazionali in forza dell’idea di poter individuare un diritto contrattuale comune ai diversi paesi.

<sup>249</sup> Queste le parole di G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, 52 ss, in specie nt. 40.

In questa direzione non si può non notare che, anche all'interno del Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>250</sup>, è disciplinata la proprietà; mentre con riguardo al possesso si rinvenivano non poche difficoltà d'inquadramento del fenomeno.

Per quanto riguarda la proprietà, solo alcuni riferimenti.

Nel libro VIII del DCFR all'art. 1:202 viene definita la proprietà<sup>251</sup>: «*A contract for the 'sale' of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price.*».

A tale disposizione può aggiungersi quanto previsto all'art. 2:101 con riguardo alle obbligazioni del venditore: «*The seller must: (a) transfer the ownership of the goods*», da cui si ricava quindi che la proprietà non passa per il tramite della conclusione del contratto di vendita. La consegna della cosa, quindi, diviene 'momento' necessario per il trasferimento della proprietà. Ancora, evidenziando le disposizioni principali, un riferimento importante va all'intera disposizione di cui all'art. VIII. – 2:101 DCFR – «*Requirements for the transfer of ownership in general (1) The transfer of ownership of goods under this Chapter requires that: (a) the goods exist; (b) the goods are transferable; (c) the transferor has the right or authority to transfer the ownership; (d) the transferee is entitled as against the transferor to the transfer of ownership by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law; and (e) there is an agreement as to the time ownership is to pass and the conditions of this agreement are met, or, in the absence of such agreement, delivery or an equivalent to delivery.*».

Ne consegue che «il passaggio della proprietà sulla base di questa regola si può ragionevolmente spiegare solo postulando un autonomo negozio traslativo, la cui conclusione è presunta in caso di semplice consegna: consegna, dunque, che opera come 'surrogato dell'accordo'»<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of reference, Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Aquis Group), Volume 5, München, 2009.

<sup>251</sup> Cfr. J.F. STAGL, *Il trasferimento della proprietà nella vendita dei beni mobili nel Draft Common Frame of Reference e nel Common European Sales Law*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 641 ss.

<sup>252</sup> J.F. STAGL, *Il trasferimento della proprietà nella vendita dei beni mobili nel Draft Common Frame of Reference e nel Common European Sales Law*, cit., 672 s.: «Il passaggio della proprietà, se non è conseguenza né del contratto di vendita né della mera consegna intesa come un *modus acquirendi*, deve essere allora

All'opposto – per focalizzare l'attenzione sul possesso – l'art. VIII.-2:104 dispone: «*Delivery (1) For the purposes of this Book, delivery of the goods takes place when the transferor gives up and the transferee obtains possession of the goods in the sense of VIII. – 1:205 (Possession). (2) If the contract or other juridical act, court order or rule of law involves carriage of the goods by a carrier or a series of carriers, delivery of the goods takes place when the transferor's obligation to deliver is fulfilled and the carrier or the transferee obtains possession of the goods*».

Il DCFR ricollega l'effetto di trasferimento del possesso – *delivery* – alla stessa volontà del venditore poiché se la cosa giunge nelle mani del compratore senza il consenso del venditore, la proprietà non è passata, la cosa non può dirsi effettivamente consegnata.

Nel libro VIII 'Acquisto e perdita della proprietà', capitolo 1 'Disposizioni generali', sezione 2 'Definizioni', viene invece disciplinato il possesso in relazione al quale emerge la difficoltà di circoscrivere in maniera puntuale il terreno di applicazione.

Gli articoli dall'VIII.-1:205 all' VIII.-1: 208 definiscono infatti la nozione di possesso e le sue diverse qualificazioni: il soggetto in possesso di un bene mobile, avendone il diretto controllo materiale, spesso non è – anche – il proprietario del bene medesimo. Tuttavia, si tratta di una posizione giuridica dalla quale possono derivare taluni diritti ed altre conseguenze giuridiche per cui è tutelata dai sistemi giuridici europei: la posizione di colui che ha effettivamente il controllo materiale su un bene mobile in via di fatto e non necessariamente sulla base di un diritto *in rem* viene generalmente definiti come possessore.

In effetti, così come emerge dalla definizione di possesso contenuta nel DCFR – «Art. VIII.-1:205: *Possession, in relation to goods, means having direct physical control or indirect physical control over the goods. (2) Direct physical control is physical control which is exercised by the possessor personally or through a possession-agent exercising such control on behalf of the possessor (direct possession) (3) Indirect physical control is physical control which is exercised by means of another person, a limited-right-possessor (indirect possession)*» – si evince che il riferimento non va esclusivamente a colui che ha instaurato, nei confronti della *res* un rapporto materiale<sup>253</sup>.

---

conseguenza di un autonomo negozio traslativo, perché altrimenti non si saprebbe quando la proprietà è passata».

<sup>253</sup> Si veda T. RÜFNER, voce *Possession*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private law*, I, Oxford, 2012, 1297: «*The definition of possession makes it clear that the draft's notion of possession goes beyond situations of direct physical control. The notion of possessor comprises both persons who actually have physical control and persons who*



Oltre a questa osservazione dal carattere definitorio, estendendo l'attenzione alle altre parti del Draft nelle quali emerge un riferimento al possesso, può notarsi che l'utilizzo del termine *possession* è utilizzato in diversi modi, per cui è possibile trarre la considerazione per cui vi sono diverse 'categorie' di possesso.

In particolare, sempre all'interno del libro VIII, il termine in questione – quale sinonimo di 'mero controllo materiale su un bene mobile ovvero un controllo materiale combinato con una certa intenzione' viene utilizzato anche con riguardo al trasferimento della proprietà<sup>254</sup>, nell'acquisto della proprietà in buona fede<sup>255</sup>, nell'acquisto della proprietà a seguito del possesso continuato nel tempo<sup>256</sup>, nella tutela della proprietà e del possesso<sup>257</sup> e, infine, nel rapporto fra proprietario e possessore<sup>258</sup>.

Si evincono quindi diverse categorie di possesso o di controllo materiale: in alcuni casi rileva solo il controllo materiale, mentre la specifica intenzione del soggetto che esercita tale controllo non ha alcun rilievo (ad esempio, in parte nel Capitolo 2, e con riferimento all'autotutela nel Capitolo 6), mentre altri Capitoli tutelano solo un gruppo più ristretto di soggetti che esercitano il controllo materiale.

Ancora, la maggior parte dei mezzi di tutela nel Capitolo 6 (artt. VIII.-6: 203, 6:204, 6:301, 6:302, 6:401) sono previsti al fine di tutelare solo i soggetti che esercitano il controllo direttamente o attraverso una terza persona nell'interesse proprio e di tale soggetto (proprietario-possessore e possessore immediato), ma non i soggetti in possesso di un bene mobile senza alcun particolare interesse proprio (meri detentori).

In aggiunta può notarsi che i requisiti per l'acquisto della proprietà a seguito del possesso continuato sono ancora più restrittivi<sup>259</sup>: il soggetto che acquista la titolarità a seguito del possesso continuato del bene deve aver esercitato il controllo materiale con l'intenzione di farlo come fosse un proprietario (proprietario-

---

*are in a contractual relationship with a partner who – by virtue of that relationship – is obliged or entitled to exercise physical controls.*

<sup>254</sup> Capitolo 2 del DCFR.

<sup>255</sup> Capitolo 3 del DCFR.

<sup>256</sup> Capitolo 4 del DCFR.

<sup>257</sup> Capitolo 6 del DCFR.

<sup>258</sup> Capitolo 7 del DCFR.

<sup>259</sup> Capitolo 4 del DCFR.

possessore): i semplici possessori immediati e i meri detentori non sono in grado di acquisire i beni mobili in virtù del possesso continuato.

È possibile effettuare una ricognizione soggettivistica delle varie categorie di possesso: si individuano le situazioni possessorie in relazione ai soggetti titolari delle situazioni medesime essendo la prospettiva di analisi sempre ‘soggettiva’ e in questo senso si coglie una straordinaria linea di continuità passato-presente come vedremo con riguardo alle fonti classiche: si tende infatti a definire l’oggetto attraverso il soggetto, per il tramite della condizione del titolare della situazione giuridica riferibile a quello stesso oggetto<sup>260</sup>.

In particolare, si ricava una prima categoria, quella dei ‘proprietari-possessori’, una seconda di ‘possessori immediati’ e, infine, una terza di ‘rappresentanti nel possesso’.

La prima categoria – i proprietari-possessori – contiene i «soggetti che esercitano il controllo su un bene mobile (direttamente o attraverso un terzo) con l'intenzione di comportarsi da proprietario - come ad esempio i proprietari, i ladri, gli acquirenti in buona fede e coloro che acquistano per possesso continuato.

La seconda categoria – i possessori immediati – ricomprende invece i soggetti che esercitano il controllo materiale su un bene mobile (direttamente o attraverso un terzo) con l'intenzione di farlo nel proprio interesse e in quello del proprietario-possessore quale possessore indiretto (come, ad esempio, il proprietario), sulla base di un rapporto giuridico specifico tra tali soggetti ed il proprietario-possessore che conferisce loro il diritto di essere immessi nella disponibilità del bene mobile (ad esempio, un contratto di locazione o un diritto limitato in rem come l’usufrutto).

La terza categoria – i rappresentanti nel possesso – è composta dai soggetti che esercitano il controllo materiale sui beni con la sola intenzione di farlo nell’interesse del proprietario-possessore (come, ad esempio, il proprietario) o del possessore immediato (come, ad esempio, il locatario), ma senza un particolare interesse proprio e senza un particolare rapporto giuridico in relazione al bene mobile in questione – come, ad esempio, i dipendenti o coloro che ritrovano il bene mobile smarrito ed in

---

<sup>260</sup> In questa sede basti il riferimento a A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 452 ss., secondo cui le problematiche sottese al regime relativo alla circolazione del possesso sono affrontate dalla giurisprudenza classica facendo riferimento «al soggetto titolare in proprio di situazione possessoria giuridicamente rilevante, ai fini dell’acquisto per *occupatio, traditio o usucapio*».

buona fede lo consegnano al proprietario o all'ente competente, che cercherà il proprietario<sup>261</sup>.

Emerge chiara, anche in ambito europeo, la difficoltà interpretativa con riguardo al possesso, anche solo in relazione all'aspetto linguistico-concettuale. Al fine di rimanere fedeli alla premessa iniziale, occorre ribadire che l'attenzione deve spostarsi sulla struttura tramite la quale tale situazione può circolare: si tratterà, in altri termini, di dare significato al rapporto tra il regime di circolazione dei beni e la disposizione negoziale del possesso.

#### 7. La disciplina giuridica del possesso: tracce di una sua circolazione.

Sulla base di quanto affermato sino ad ora sembra difficile trovare un 'pertugio normativo' idoneo ad accogliere quelle che possiamo definire le teorie affermative o positive.

Il recinto normativo nel quale è doveroso muoversi per verificare la praticabilità di una vendita del possesso sembra infatti blindato in termini negativi: né in forza dell'art. 1140 cod. civ. – in relazione alla nozione di possesso – né in forza dell'art. 1470 cod. civ. – in relazione al contratto di compravendita – né in forza di altre disposizioni che risulta possibile richiamare, risulta possibile ammettere la vendita del possesso.

All'interno del codice civile è tuttavia possibile verificare ipotesi che individuano fattispecie di circolazione del possesso: in particolare, come già visto con riguardo alla disciplina del possesso, l'attenzione va in primo luogo all'art. 1146, comma 2, cod. civ., che individua una fattispecie negoziale che permette al nuovo possessore di giovare, unendo al proprio possesso quello del suo dante causa, con le conseguenze – positive – che ciò comporta, tra cui spicca soprattutto la possibilità di maturare il tempo per l'usucapione.

---

<sup>261</sup> Tali soggetti possono, ad esempio, prendere in consegna il bene per conto del possessore (il cessionario) oppure esercitare il controllo materiale per conto del possessore, secondo le circostanze. Ma, in assenza di qualsiasi interesse proprio a detenere il bene mobile, i meri detentori non saranno qualificati come 'possessori', in quanto sono solo la '*longa manus*' delle due altre categorie di possessori.

Si tratta di una figura di circolazione del possesso che viene senza dubbio ammessa da quella parte della dottrina che, come vedremo, qualifica il possesso come diritto<sup>262</sup> – o diritto affievolito –, come facoltà individualizzata espressione di una situazione giuridicamente rilevante<sup>263</sup>, come aspettativa<sup>264</sup>.

In secondo luogo, rilevano le ipotesi del c.d. costituito possessorio e della *traditio brevi manu* che, sulla base di quanto già esposto, non rilevano nella nostra direzione.

Ancora, in dottrina sono state individuati casi di ‘pseudo-vendita del possesso’<sup>265</sup>: l’espressione fa riferimento alla compravendita a rischio e pericolo, all’acquisto di cosa propria, alla vendita di cosa altrui, nonché all’usucapione abbreviata.

In *primis*, il riferimento va alla vendita a rischio e pericolo di cui all’art. 1488, comma 2, cod. civ.: rileva la fattispecie di contratto parzialmente aleatorio<sup>266</sup> in cui il venditore, nell’alienare una cosa altrui ad un prezzo inferiore rispetto a quello previsto in ipotesi di vendita garantita, esclude espressamente l’obbligo di rendere il compratore proprietario, il quale assume su di sé il rischio dell’evizione. Laddove il venditore non

---

<sup>262</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 252. Si tratta di un’affermazione non condivisa in giurisprudenza, per cui si v. Cass., Sez. Un., 24 settembre 1992, n. 12515, in *Giur. it.*, 1993, 2143, nonché, di recente, Cass. 20 maggio 2008, n. 12751.

<sup>263</sup> U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, 129 ss.

<sup>264</sup> Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 171 ss. Il concetto di aspettativa giuridica o di diritto fa riferimento ad una situazione giuridica soggettiva costituita da alcuni effetti immediati prodotti dal negozio i cui effetti tipici sono differiti. Cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, 29 ss.; R. NICOLÒ, voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss.; V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 341 s.; S. TROIANO, *La cessione dei crediti futuri*, Padova, 1999, 65 ss.; M. ASTONE, *L’aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, 141 ss.

<sup>265</sup> In questo senso A. ABBATE, *Sulla validità*, cit., 473; L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 840, nonché G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 311, che parla di casi di ‘vendita mascherata’.

<sup>266</sup> Cfr. G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, cit., 152; C. M. BIANCA, *La vendita*, cit., 882; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 152, che ricomprende nell’ambito delle vendite aleatorie la simile ipotesi in cui il compratore assume incondizionatamente su di sé il rischio dell’inesistenza della cosa o della mancata venuta ad esistenza della stessa ex art. 1472, ultimo comma, cod. civ.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 739, che sottolinea le analogie con l’*emptio spei*; R. LUZZATTO, *La compravendita*, a cura di G. Persico, Torino, 1961, 241, invece, parla di ‘vendita anomala’.

fosse l'effettivo titolare del bene, il compratore si troverebbe quindi nel possesso del bene realizzando un'ipotesi di acquisto *a non domino*, salva l'ipotesi di nullità contrattuale che viene in ogni caso riconosciuta nel caso in cui il possesso del venditore derivasse da fatto illecito, il contratto sarebbe da ritenersi nullo per illiceità *ex art. 1343 cod. civ.*<sup>267</sup>.

In particolare, si potrebbe ritenere lo schema appena analizzato idoneo ad essere applicato per ottenere un trasferimento del possesso slegato dalla titolarità del bene, che tuttavia potrebbe in ogni caso realizzarsi: con riguardo ai beni mobili in presenza della buona fede e di un titolo astrattamente idoneo; nel caso di immobili, con l'applicazione dell'art. 1159 cod. civ.

Il compratore è sin dalla conclusione del contratto consapevole della precarietà della fattispecie causata dalla mancata titolarità in capo all'alienante della situazione giuridica, ma non è in questo elemento che può risiedere l'elemento di identificazione della fattispecie ad una vendita del possesso: si è infatti visto che ciò può risultare un effetto successivo senza incidere sulla qualificazione giuridica dell'operazione<sup>268</sup>.

Piuttosto ciò che verrebbe a mancare è, nella logica dello scambio dei consensi, l'effettiva volontà delle parti di trasferire una situazione possessoria; ma ancora – nel rintracciare ulteriori indici a sfavore di questa ricostruzione – deve tenersi a mente che la vendita a rischio e pericolo del compratore integra in ogni caso un'ipotesi di contratto di vendita, il quale può avere per oggetto diritti e non situazioni di fatto. In particolare, si tratta di una pattuizione avente carattere aleatorio in cui permane il trasferimento della proprietà che risulta caratterizzato da un elemento di incertezza in termini di definitività.

In secondo luogo, si guarda alla vendita di un bene già di proprietà del compratore. In dottrina si individuano due differenti ipotesi. Da un lato, la vendita compiuta dal ladro nei confronti di un compratore consapevole: si tratta di un'ipotesi che dal punto di vista della fattispecie realizza senza dubbio una cessione del possesso, tuttavia nulla per inesistenza o illiceità della causa, ovvero per impossibilità della prestazione<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Sempre R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., 187

<sup>268</sup> Cfr. P. PETRONE, *Dalla vendita*, cit., 1069 ss.

<sup>269</sup> C. M. BIANCA, *La vendita*, cit., 202. Sul punto, v. L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 842. Appare azzardato ricomprendere, tra i casi di compravendita, una siffatta situazione: la compravendita

Dall'altro lato, il caso del proprietario che, in presenza di una contestazione sul bene, paghi un prezzo al fine di tacitare le pretese del terzo possessore: in particolare, il titolare di un bene al fine di porre fine alle controversie insorte sul bene oggetto del suo diritto sceglie di pagare una somma di denaro a colui che possiede il medesimo bene, realizzando uno scambio di cosa contro prezzo<sup>270</sup>. A ben vedere tuttavia come anche questa ipotesi non sia idonea a dare vita ad una vera e propria vendita del possesso in quanto posta in essere per evitare una controversia giudiziaria e non la causa di scambio di cosa contro prezzo<sup>271</sup>.

Infine, il riferimento va all'ipotesi di usucapione abbreviata di cui all'art. 1159 cod. che dispone che colui che acquista in buona fede un immobile da chi non è proprietario, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, compie l'usucapione in proprio favore con il decorso di dieci anni dalla data della trascrizione<sup>272</sup>.

Si tratta di un atto che – una volta trascritto – dal punto di vista degli effetti non potrebbe avere quello di trasferire la proprietà, ma solo la *vacua possessio* perché il venditore non è titolare del diritto; potrebbe quindi dirsi ammessa, anzi riconosciuta, una fattispecie di trasferimento del possesso *inter vivos*.

Può ritenersi che il Legislatore nel predisporre tale norma aveva in mente il caso del soggetto che domanda al notaio di predisporre nella forma dell'atto pubblico – o di una scrittura privata autenticata – un atto di trasferimento del mero possesso, e non la proprietà, su un bene immobile. La norma risulta inserita a salvaguardia del sistema di pubblicità nella circolazione di beni immobili nel caso in cui manchi il titolo al trasferimento del diritto: in altri termini, la *ratio* è quella di tutelare la buona fede di chi acquista da chi appare proprietario del bene<sup>273</sup>.

---

presuppone infatti l'altruità del diritto che si acquista e che la somma pagata costituisca il prezzo per il bene e non una somma a titolo di riscatto. Integra quindi un'ipotesi – assorbita dal diritto penale – irrilevante per quanto concerne la presente indagine.

<sup>270</sup> Cfr. A. ABBATE, *Sulla validità*, cit., 473; A. MONTEL, voce *Possesso*, cit., 361.

<sup>271</sup> C. M. BIANCA, *La vendita*, cit., 202. Soluzione ripresa da L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 843, il quale ritiene che il contratto in oggetto debba in ogni caso ritenersi nullo per mancanza di causa in quanto si ha riguardo ad un motivo e non alla causa come elemento essenziale del contratto.

<sup>272</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 633 ss.; U. NATOLI, *Il possesso*, cit., 297 ss.

<sup>273</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 633 ss.

Non pare quindi azzardato ritenere che l'ordinamento non solo riconosce, ma favorisce – addirittura nelle forme dell'atto pubblico – le convenzioni aventi ad oggetto il passaggio del mero possesso.

#### 8. Il c.d. danno da lesione del possesso.

Nella ricostruzione dei numerosi profili di manifestazione della situazione possessoria<sup>274</sup> rileva ancora il risarcimento del danno da lesione del possesso<sup>275</sup>.

Si tratta di una questione dibattuta: la dottrina tradizionale tende a negare la possibilità di riconoscimento di un risarcimento del danno a favore del soggetto che è stato privato del possesso a seguito di un atto di spoglio, ovvero turbato nel godimento della cosa<sup>276</sup>.

In particolare, vale la pena di sottolineare che la conseguenza che si può ricavare da ciò non si limita al profilo della disciplina del possesso, in quanto esprime le sue ricadute anche sull'essenza stessa del possesso che finisce per essere qualificato in termini di bene patrimoniale autonomo avente «uno speciale valore economico affatto diverso e indipendente da quello del diritto di cui è l'immagine»<sup>277</sup>, ovvero la proprietà.

---

<sup>274</sup> Si vuole limitare la trattazione ai soli profili maggiormente connessi alla presente indagine, pur nella consapevolezza che vi siano ulteriori ambiti nei quali emerge una rilevanza autonoma della situazione possessoria e il riferimento va al regime patrimoniale dei coniugi per quanto riguarda i beni della comunione; alla disciplina dei beni gravati da usi civici, beni demaniali, nonché alloggi di residenza pubblica. In particolare, sul tema degli usi civici cfr. A. GERMANÒ, voce *Usi civici*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999 535; M.A. LORIZIO, voce *Usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.; U. PETRONIO, voce *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 930 ss.; G. GABRIELLI, *Rapporti tra usi civici e proprietà collettive con particolare riguardo al caso delle conelle del carso triestino*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 331; G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 591 ss. Rileva ancora nelle successioni *mortis causa* in relazione al legato di possesso per cui si rinvia in termini generali a L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, IV, Napoli, 1959, 30 ss.; L. MENGONI, *La divisione ereditaria*, Milano, 1950, 179; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 227 ss.

<sup>275</sup> Cfr. da ultimo T. MONTECCHIARI, *La tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1149 ss.

<sup>276</sup> Il riferimento va soprattutto alla tesi di R. SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 380 ss.

<sup>277</sup> In questo senso si esprime A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 142.

Tuttavia, soprattutto sulla spinta della giurisprudenza di legittimità<sup>278</sup>, oggi si ritiene di riconoscere al possessore leso – sia nella forma dello spoglio, che in quella del turbamento nel godimento – il diritto al risarcimento del danno valorizzando la perdita subita in relazione all’attività di sfruttamento e di godimento della cosa, nonché i suoi eventuali frutti<sup>279</sup>. Ancorando la riconoscibilità di tale risarcimento alla norma di cui all’articolo 2043 cod. civ. come di recente estensivamente interpretato, si effettua una valutazione che prescinde dalla qualificazione in termini di situazione di fatto.

In particolare, la giurisprudenza si limita in un primo momento ad interpretare il fatto del possesso in termini di diritto soggettivo: tale valutazione infatti permetteva di raggiungere due finalità: «assecondare la tesi tradizionale che, in assenza della lesione del diritto soggettivo, nega tutela risarcitoria ex. art. 2043 c.c.; giustificare il c.d. merito possessorio»<sup>280</sup>. In un secondo momento, seguendo l’ampliamento di interpretazione del concetto di responsabilità extracontrattuale che si estende ad una posizione di interesse tutelato dall’ordinamento, si è ritenuto di riconoscere a qualsiasi possessore la possibilità di agire per il solo risarcimento del danno. Colui che si trova ad esercitare un potere soltanto materiale sulla *res* – a prescindere dalla relazione con il diritto soggettivo – può agire al fine di far valere la mancata o ridotta disponibilità del bene.

#### 9. Il contributo della dottrina più recente per un’ammissibile vendita del possesso.

---

<sup>278</sup> Cfr. Cass. 20 febbraio 2004, n. 3400, in *Dir. e giust.*, 2004, 110; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20875, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4003, in *Giur. it.*, 2007, 1399, con nota di Rossato, *La Cassazione conferma la risarcibilità del danno subito dal possessore*; in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1252, con nota di C. CICERO, *Lesione del possesso e responsabilità possessoria*; in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1027, con nota di F. BENEDETTI, *Legittimazione ad agire, possesso di autovettura e risarcimento del danno*. Più di recente, Cass., 12 gennaio 2011, n. 534, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1126; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3955, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 244.

<sup>279</sup> Cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 471 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989, 1 ss.; A. TOMASSETTI, *Lesione del possesso e risarcimento del danno*, in *I danni nella responsabilità civile*, V, *I singoli danni*, a cura di Cendon, Torino, 2005, 36 ss.; M. COSTANZA, *Possesso e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2008, 412; M. FORNACIARI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 89 ss.

<sup>280</sup> In questi termini, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 96 s.



Prima di procedere alla decostruzione di un'idea, è doveroso riportare con chiarezza quali sono attualmente le tesi c.d. affermative volte a riconoscere come ammissibile una circolazione negoziale del possesso.

Fermandosi al solo dato letterale sembra scontato dare una conclusione negativa in base alle nostre premesse: se, infatti, l'art. 1470 non permette né un'estensione analogica ad altre situazioni, né il possesso è da considerarsi un diritto, allora il possesso non può essere venduto; il suo trasferimento sarebbe solo un effetto indiretto derivante dalla conclusione della compravendita, ma non potrebbe mai dirsi idoneo a costituire l'oggetto di tale contratto.

Si tratta quindi di verificare i differenti orientamenti dottrinali che sostengono come possibile tale fenomeno traslativo, pur rimanendo minoritari nel 'panorama giuridico' che, come si è avuto modo di approfondire, adotta un atteggiamento di chiusura nei confronti della validità di un contratto avente ad oggetto la vendita del mero possesso. In particolare, si tratta di tesi che ritengono ammissibile la circolazione del possesso e il suo acquisto derivativo, con differenti orientamenti circa la natura giuridica dell'istituto in termini di diritto soggettivo, di posizione di fatto rilevante dal punto di vista della sua tutela, di aspettativa di diritto.

Nelle teorie che saranno approfondite il possesso viene valorizzato in forza della sua autonomia funzionale rispetto al modello di diritto soggettivo rappresentato dalla proprietà<sup>281</sup>.

I profili legati a tale autonomia emergono innanzitutto dalla disciplina codicistica e possono essere ricollegati alla categoria dei frutti e all'aspetto della tutela: si tratta di

---

<sup>281</sup> Nonostante la relazione proprietà-possessione posta in termini imprescindibili dal primo comma della disposizione di cui all'articolo 1145 cod. civ., 'Possesso di cose fuori commercio': «Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto», smentendosi nel prosieguo che chiarisce il peculiare ambito di applicazione della disposizione: i beni appartenenti al pubblico demanio, delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico. Il risvolto pratico di quanto appena esposto emerge con riguardo all'ipotesi di esercizio dei poteri connessi ad una servitù non apparente che, infatti, non è idonea ad essere acquistata per usucapione. Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 39, nonché Cass. 18 dicembre 1985, n. 6436, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, voce *Possesso*, n. 3.

elementi che completano lo sfondo entro il quale il possesso si manifesta all'interno del perimetro tracciato, dal punto di vista sistematico, dai diritti reali.

Con riguardo ai frutti, si fa riferimento a quelle utilità – civili e naturali – strettamente collegate alla *res*<sup>282</sup>, ovvero ogni prodotto della cosa che ne rappresenta il normale reddito<sup>283</sup>. La disposizione che viene in rilievo è contenuta all'articolo 1148 cod. civ., a norma del quale il possessore di buona fede può far suoi i frutti naturali separati e i frutti civili maturati fino al giorno della domanda giudiziale qualora siano ancora esistenti o consumanti. La *ratio* della disposizione è quella di favorire colui che possiede in buona fede, valorizzando quindi una logica funzionale – e non formale –, anche in ipotesi di possesso acquistato in forza di una fattispecie contrattuale<sup>284</sup>. Chi, diversamente, possiede in mala fede non viene tutelato dall'ordinamento in quanto sarà costretto a restituire sia i frutti percepiti sia il valore di quelli che avrebbe dovuto percepire se avesse sfruttato il bene, usando la normale diligenza, salvo il risarcimento del danno nonché, in forza dell'articolo 1150 cod. civ., il diritto al rimborso delle spese sostenute per le riparazioni ordinarie<sup>285</sup> e straordinarie.

Sempre nell'ottica degli effetti del possesso in relazione a beni immobili, è doveroso un cenno alla disciplina dei miglioramenti<sup>286</sup> apportati al fondo nell'attività di sfruttamento; in particolare, s'intende diminuzione patrimoniale che il possessore ha subito in occasione dell'attività di miglioramento<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> Cfr. in termini generali M. BRETONI, *Frutti (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 55 ss.; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 189.

<sup>283</sup> La definizione è quella accolta oggi in dottrina: cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 268.

<sup>284</sup> Cfr. C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, in *Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2005, 116; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1958, 29.

<sup>285</sup> Solo se avvenute nell'arco tempo per il quale la restituzione è dovuta.

<sup>286</sup> A. DE CUPIS, *L'istituto giuridico dei miglioramenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 888; per quanto riguarda l'intervento della giurisprudenza si veda Cass. 18 agosto 1966, n. 2249, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce Miglioramenti n. 23. All'interno della categoria dei miglioramenti rilevano le addizioni – opere che aumentano la produttività del bene pur conservando una propria identità – ovvero le costruzioni le piantagioni e tutti quegli incrementi quantitativi del fondo, per i quali solo il possessore di buona fede ha diritto al rimborso.

<sup>287</sup> L'entità varia a seconda dello stato di buona o mala fede: in particolare, il possessore di buona fede ha diritto ad un'indennità commisurata all'aumento di valore che la cosa ha avuto per effetto dell'apportata miglìoria; il possessore di mala fede invece potrà vantare la minore somma fra quanto speso e quanto migliorato.

Il principale argomento che può essere individuato al fine di far emergere l'autonomia del possesso è legato alla tutela che l'ordinamento riconosce all'interno del Capo III «Delle azioni a difesa del possesso», disciplinate agli articoli 1168 ss. cod. civ.<sup>288</sup>. Tale è la rilevanza accordata al profilo della tutela, che parte della dottrina si è spinta a riconoscere nel possesso un diritto rientrante nei «diritti di salvaguardia, che tutelano beni personali e patrimoniali nella vita di relazione contro determinate ingerenze altrui»<sup>289</sup>, fondando nella sua rinuncia una possibile modalità attraverso la quale il possesso può circolare – *inter vivos* – indisturbato<sup>290</sup>.

Si è detto infatti che è il principale argomento perché configura rimedi processuali *ad hoc* come si vedrà con riguardo alla teoria che su di essi – in termini di

---

<sup>288</sup> Non è certamente questa la sede per approfondire in termini generali il rapporto diritto-azione, tuttavia svolgere qualche considerazione in merito alla biunivoità *actio*-diritto propria delle fonti classiche – quindi l'inconcepibilità di una tutela possessoria mediante azione – può risultare utile. È noto, infatti, che ciò che non era tutelato da un'apposita *actio* non poteva trovare riconoscimento sul piano sostanziale; il possesso, come si avrà modo di approfondire, era tutelato da interdetti possessori, che non integravano un'azione; da ciò conseguiva che il possesso non era riconosciuto come un vero e proprio diritto soggettivo. In particolare, la dottrina romanistica, svincolata dalle risultanze nelle fonti, ha elaborato una nozione elastica di azione, isolando tra le varie accezioni «quella più pregnante e al tempo stesso più astratta, in cui *actio* viene intesa come una pertinenza giuridica del singolo. (...) Raggiunto, comunque, l'accordo nel concepire l'*actio*, in uno dei suoi sensi, come un potere, una facoltà o, se si preferisce un diritto subiettivo processuale, cominciano a manifestarsi le divergenze e viene in luce la predetta elasticità di quella nozione. (...) Riguardo al diritto subiettivo la situazione si presenta alquanto diversa, poiché le definizioni, che ne propone la dottrina, sono fra loro meno divergente e possono farsi risalire senza sforzo ad uno schema comune». In questo senso G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 17 ss., in specie 20. Per evidenziare un tratto inerente con la presente indagine, in relazione alla nozione di diritto subiettivo occorre domandarsi, come fanno i romanisti, se non si dia troppo valore alla volontà del soggetto titolare di esso, se quindi non sia più opportuno ricostruire la nozione basandola su una distinzione netta rispetto alla nozione di potere. Quanto detto tuttavia deve, nel rispetto della metodologia esegetica propria del diritto romano, trovare riconoscimento nelle fonti: a prescindere dalla specifica concezione che si intende adottare, infatti, «risolto il problema da un punto di vista astratto, esso si ripresenta in tutta la sua difficoltà nel campo positivo del diritto romano». In questo senso soccorrerà l'analisi diretta delle fonti. Cfr. inoltre, G. PUGLIESE, *Aspetti del rapporto tra diritto e processo in Roma Antica*, in *Sem. Compl.*, VI, 1994, 19 ss.

<sup>289</sup> C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, cit., 715.

<sup>290</sup> In particolare, il riferimento va a F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2002, 730 ss.

rinuncia – si fonda. Si proverà in questa sede a ricostruire i vari orientamenti all'interno di una sorta di '*climax* ascendente', partendo dalle ipotesi – che, focalizzandosi soprattutto sul dato normativo, restano – 'più lontane' rispetto alla prospettazione di una vera e propria vendita del possesso, fino ad arrivare alle ipotesi dottrinali che invece ritengono il possesso idoneo a circolare *inter vivos* quale oggetto di un contratto.

#### 10. La teoria della rinuncia alla tutela possessoria.

In primo luogo, rileva la tesi della rinuncia possessoria. Tale tesi si fonda sul presupposto teorico della mancanza di una disposizione volta a vietare la rinuncia alla tutela del possesso, *rectius* alle azioni possessorie; da ciò si potrebbe ricavare la possibilità per il dante causa di rinunciare – per il tramite di un contratto e dietro corrispettivo o a titolo gratuito – ad esercitare tale tutela nei confronti dell'avente causa che subentra nel possesso<sup>291</sup>.

Il dante causa, quindi, acquisterebbe un credito a non veder leso il proprio possesso<sup>292</sup>: la rinuncia, come sostenuto da autorevole dottrina, sarebbe idonea ad integrare una particolare forma di alienazione<sup>293</sup>.

Non basta ancorare la fattispecie di vendita del possesso al principio dell'autonomia negoziale: esso infatti, sebbene ci possa spingersi sino a riconoscere fattispecie atipiche di circolazione dei beni, non è idoneo in quanto tale a superare il dato dell'intrasmissibilità del possesso poiché ciascuna situazione possessoria, per sua natura, è necessariamente autonoma dalle altre e legata all'effettivo esercizio del potere da parte del titolare<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Lo spunto interessante dal punto di vista strutturale è dato dallo schema della rinuncia traslativa che differisce dalla rinuncia abdicativa. Si tratta di una tesi che tuttavia non viene accolta da tutta quella parte di dottrina favorevole a riconoscere la vendita del possesso. Cfr. B. TROISI, *I possesso. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 228 ss.

<sup>292</sup> Cfr. T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, 129 ss.; P. PERLINGERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notar.*, 1968, 346 ss.; A. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940. Più di recente, G. GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 703 ss.

<sup>293</sup> In questo senso S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 1 ss.

<sup>294</sup> Così G. GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 726.

Attraverso questo meccanismo l'avente causa non avrà quindi timori di rivendicazioni azionate dal precedente possessore e potrà godere del possesso in maniera pubblica e pacifica anche ai fini dell'usucapione. La sua situazione sarà identica a quella antecedente: possessore a titolo originario che soccombe solamente dinanzi alla riemersione del legittimo titolare.

In particolare si ritiene che «la questione relativa alla 'trasmissibilità' del possesso, a mezzo di apposita convenzione, in altri termini, risiede nell'immaginare un accordo che consenta, a chi attualmente possiede, di immettere altri nell'esercizio del potere. Fermo restando che il nuovo possessore non potrebbe mai avvalersi del possesso antecedente, in difetto di un titolo astrattamente idoneo a trasferire un diritto, si può prospettare un contratto atipico che legittimi ad iniziare un possesso *ad usucapionem*. Piuttosto che di 'cessione' del possesso, deve parlarsi, allora, di rinuncia all'esercizio della tutela possessoria nei confronti della controparte che assume il potere di fatto sulla cosa. Con tale rinuncia 'si autorizza' altri a possedere, senza che l'immissione nel possesso realizzi un illecito nei riguardi del precedente possessore»<sup>295</sup>.

La soluzione più intuitiva quindi di un contratto innominato con cui si legittimi un contraente ad iniziare un possesso *ad usucapionem* – fine ultimo ma non esclusivo dell'esercizio del potere *ex art.* 1140 cod. civ. – immettendo altri nell'esercizio di questo potere, senza che ciò si realizzi in via forzosa o clandestina viene superata da quella che individua come contenuto di tale negozio atipico una rinuncia all'esercizio della tutela possessoria nei confronti della controparte che assume il potere di fatto sulla cosa, una sorta di 'autorizzazione' a possedere concessa ad altri<sup>296</sup>.

Questa tesi si rivela la più coerente nel sistema<sup>297</sup>. Il possesso, in quanto situazione intrasmissibile, non può essere continuato se non accede ad un diritto; all'arretramento di un soggetto consegue l'apprensione materiale da parte dell'altro

---

<sup>295</sup> G. GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 726.

<sup>296</sup> Anche se G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 334 precisa che non si tratti di autorizzazione.

<sup>297</sup> In questo senso anche T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, cit., 2664 ss. La Cassazione (Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, cit.) potrebbe avere effettuato un richiamo ad un atto negoziale di rinuncia: «Il trasferimento del possesso può avvenire anche al di fuori di ipotesi negoziali o di successione *mortis causa*, come semplice atto giuridico, allorché un soggetto consegna ad un altro una cosa, rinunciando al potere che aveva sulla stessa, che comincia ad essere esercitato dall'altro soggetto».

soggetto che, trattandosi di realtà fattuali, diviene effettiva nel momento in cui si rinuncia alla tutela di quella posizione.

Lo schema è quello del contratto sinallagmatico: una parte consegna il bene e rinuncia alle pretese su di esso, l'altra paga un prezzo o corrisponde un altro beneficio per il vantaggio ottenuto. Il primo possessore assume due obbligazioni, consistenti l'una nell'immettere la controparte nel possesso del bene, l'altra nel rinunciare, contemporaneamente, alla tutela giudiziaria nei riguardi del nuovo possessore<sup>298</sup>.

La rinuncia, in un tale quadro, si renderebbe lecita perché attiene all'esercizio di un diritto attuale<sup>299</sup>, inteso come diritto d'azione, solo apparentemente futuro<sup>300</sup> e non viene concepita nel senso di rinuncia al bene o all'aspettativa della proprietà del medesimo, né al possesso stesso<sup>301</sup>. Essa determina una dismissione del diritto di agire in senso abdicativo, non traslativo, poiché l'azione non viene trasmessa: il nuovo possessore sarà tutelato in quanto inizia una nuova situazione distinta dalla precedente.

Non appare chiaro, tuttavia, se ci si inserirebbe in un circuito reale o consensuale-obbligatorio. Un'impostazione più tradizionale riporterebbe all'idea del possesso come diritto reale incedibile e acquistabile solamente a titolo originario con la realizzazione dell'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale, mentre una tesi più 'romanistica' marcherebbe l'autonoma consistenza

---

<sup>298</sup> Obbligazioni rispettivamente di consegna e di non fare, cfr. G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 334.

<sup>299</sup> Oggetto di una rinuncia non possono essere interessi che non siano giuridicamente e incondizionatamente protetti, v. A. BOZZI, voce *Rinuncia (dir. pubbl. e priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.

<sup>300</sup> Cfr. G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 659, che si riferisce della rinuncia all'evizione, a cui è possibile accostarla. Se si trattasse di un diritto futuro o di un'aspettativa vi sarebbero dubbi, infatti, sull'ammissibilità della stessa. V. anche F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 941 e A. BOZZI, voce *Rinuncia*, cit., 1140 ss.

E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 74 ss., in un tema affine, quello del trasferimento delle azioni, collega il trasferimento del diritto alla situazione sottostante.

<sup>301</sup> Sulla rinuncia al possesso, v. P. GALLO, *Possesso (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 448 s.

della *traditio*, come elemento imprescindibile nella perfezione del contratto, senza la quale non avrebbe significato<sup>302</sup>.

Partendo da un'idea di possesso come quella premessa, la conclusione non può che assestarsi sulla prima scelta; il trasferimento del possesso dovrebbe così avere i caratteri del contratto obbligatorio perché l'acquisto del possesso da parte del nuovo titolare avviene a titolo originario e non a titolo derivativo<sup>303</sup>.

Occorre aggiungere che un negozio di questo genere avrebbe efficacia solamente tra le parti e di fronte ad uno spoglio non rappresenterebbe un valido titolo di acquisto invocabile, anche se non vi sono dubbi sull'opponibilità al contraente rinunciante che pretenda la restituzione del bene con un'azione di reintegrazione.

In questo quadro, sotto il profilo patologico, se la consegna non avviene, e l'avente causa non può instaurare il potere sulla *res*, come può il soggetto tutelare le proprie pretese? Si affaccerebbero due alternative: una richiesta di esecuzione forzata per consegna o rilascio oppure, in alternativa, l'azione di risarcimento del danno derivante da responsabilità contrattuale<sup>304</sup>. La prima ipotesi, in verità, non appare contraddetta dalla disposizione dell'art. 2930 cod. civ., che molto genericamente inerisce all'obbligo di consegna di una cosa determinata. La dottrina prevalente, poi, accredita l'immagine di un'esecuzione forzata anche del mero possesso o della detenzione, non necessariamente pertinente ad un diritto<sup>305</sup>. Risulta pertanto plausibile rivolgersi al giudice per ottenere l'esecuzione nelle forme previste dalla norma stessa.

## 11. La c.d. teoria dell'attività.

---

<sup>302</sup> L'accostamento alle fonti classiche riguarda esclusivamente quel modello di *traditio* che lì assunse autonoma dignità giuridica – come verrà constatato in seguito –, mentre si ha ben presente il carattere obbligatorio della vendita romana.

<sup>303</sup> Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 79 s.

<sup>304</sup> V. art. 1223 cod. civ.

<sup>305</sup> Cfr. L. MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 542 s.; A. VILLELLA, in *Codice*, cit., VI, 898 s. secondo cui la formula 'obbligo di consegna' dev'essere intesa nel suo significato più ampio.

In secondo luogo, può indagarsi la circolazione traslativa del possesso nella prospettiva della c.d. teoria dell'attività<sup>306</sup>.

La dottrina tradizionale configura infatti il possesso in termini di situazione di fatto in contrapposizione alla situazione giuridica soggettiva del diritto. Valorizzando oltre alla dimensione fattuale anche quella sostanziale del possesso medesimo, sulla scorta delle conseguenze giuridiche che produce, si può superare la dicotomia tradizionale *factum-ius* al fine di cogliere l'effetti natura di esso.

Partendo dalla definizione codicistica i poli sui quali fondare una rivisitazione del possesso attengo al potere da un lato e all'attività dall'altro: non è infatti sufficiente la mera relazione materiale – che si esplica nei suoi elementi costitutivi del *corpus* e dell'*animus* di un soggetto nei confronti di una cosa al fine di qualificare quella situazione come possesso – è necessario infatti che il potere in questione che agisce nei confronti di una *res* si traduca, per il soggetto possessore, in un'attività<sup>307</sup>.

In particolare, nel valorizzare due elementi fondamentali del possesso quali la componente comportamentale e la redditività, si può ricavare la considerazione secondo la quale il possesso non ha bisogno di essere confrontato con il rapporto giuridico formale – al fine di vedere come possibile che altri subentri nell'esercizio dell'attività possessoria – potendo quindi circolare; il nuovo possessore – imputandosene gli effetti – può sostituirsi al vecchio nello svolgimento dell'attività<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 23; B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 27.

<sup>307</sup> In particolare, A. FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 684, nota 68; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 186; U. NATOLI, *Il possesso*, cit. 33, A. FEDELE, *Il possesso*, Torino, 1974, 74.

<sup>308</sup> Dal punto di vista strutturale rileva lo schema della preposizione institoria, il quale differisce dalla legittimazione rappresentativa indiretta (ovvero contratto di mandato ad acquistare senza rappresentanza). Sulla preposizione institoria – considerata tuttavia un atto unilaterale e non un negozio giuridico – v. in termini generali U. BELVISO, *L'istitutore*, Milano, 1966, 75 ss.; G. FANELLI, voce *Auxiliari dell'imprenditore*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 313 ss.; G. FANELLI, voce *Commesso*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 832 ss.; G. DE SEMO, voce *Institutore (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1962, 757 ss.; U. BELVISO, voce *Institutore*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; D. PODETTI, voce *Institutore*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 422 ss. Ancora, G. GUIZZI, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Padova, 1997; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2006; R. LICINI, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, in *Notariato*, 1993, I, 413 ss.; A. NIGRO, *Le imprese commerciali e le altre imprese soggette a registrazione*, in *Tratt. Rescigno*, XV, I, parte II,



Vi è poi quella parte di dottrina che definisce il possesso «un comportamento di attuazione, nel senso che il momento della sua costituzione coincide con quello della realizzazione dell'interesse da parte di chi esercita il possesso»<sup>309</sup>.

La valorizzazione del profilo inerente all'attività o meglio la giustapposizione del possesso ad un'attività non è una mera operazione definitoria in quanto da tale attività discendono rilevanti effetti giuridici che vengono racchiusi dalla situazione – costituitasi – della situazione possessoria.

L'attività al contrario – senza estendere tale ragionamento per ulteriori situazioni di fatto – costituisce una categoria giuridica idonea a valere per offrire rilevanza al possesso<sup>310</sup>.

La situazione possessoria è connotata da tutti i tratti essenziali tipici di una situazione giuridica soggettiva, riconosciuta e tutelata dall'ordinamento come il diritto soggettivo: si rinvencono sia l'interesse meritevole di tutela, sia lo svolgimento di un'attività di godimento di beni, sia una tutela processuale predisposta *ad hoc*.

Le lenti di lettura del diritto da un lato e dalla situazione di fatto dall'altro non sarebbero quindi bastevoli con riguardo al possesso, per cui qualunque negazione alla circolazione del possesso potrebbe ritenersi non sostenibile.

I rilievi evidenziati dalla giurisprudenza di legittimità per cui un'attività non può essere trasferita, ma solo essere intrapresa non sono di per sé sufficienti a negare la circolazione del possesso: la situazione giuridica soggettiva derivante dal possesso non può essere trasferita, perché autonoma ed autoreferenziale e come tale intrinsecamente e funzionalmente legata al comportamento ed all'attività, con la conseguenza che ad essere trasferita può essere solo la *res* oggetto di possesso.

Non si vuole aprire una parentesi sul complesso problema della natura giuridica del possesso, ma semplicemente prendere atto che dalla stessa nozione che può ricavarsi dal codice civile – sebbene la giurisprudenza non abbia mai lasciato alcun spiraglio sul punto – il possesso non è solo una situazione di fatto: l'elemento della

---

Torino, 1986. Da ultimo U. MINNECI, *La sorte del contratto concluso dall'inistore senza spendere il nome dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 261.

<sup>309</sup> In questo senso C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 24.

<sup>310</sup> Cfr. in termini generali v. T. AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981; P. FEMIA, *Partecipazione associativa e rapporto giuridico*, in *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di P. Perlingeri, Napoli 1993 25 ss.

disponibilità materiale gioca senza dubbio un ruolo determinante per ritenere sussistente una situazione possessoria, ma si non può dimenticarsi del profilo individuato dall'attività e dal comportamento.

## 12. La tesi della funzione sociale dei beni.

Al fine di ritenere ammissibile la circolazione traslativa del possesso è stata evidenziata la c.d. funzione sociale dei beni, ovvero la tesi che valorizza la protezione accordata, per il tramite della tutela possessoria, ad una forma di appartenenza dei beni ad un soggetto – il possesso – che si traduce, secondo la definizione del Legislatore, in un'attività effettivamente esercitata.

In questa direzione si contrappone la figura del proprietario – quale titolare del bene che cede, nel caso di una disposizione sulla *res* nella forma della alienazione, il valore di scambio della cosa medesima – alla figura del possessore che dall'alienazione del bene ricava il c.d. valore d'uso, quindi la somma di tutte le utilità economiche che si possono ricavare dal bene. Si ritiene infatti che la funzionalizzazione sociale del bene comporta, sul piano tradizionale di discussione della materia, una sempre minore astrazione del diritto dominicale: ciò che si richiede al fine di valorizzare una situazione di appartenenza – anche nel profilo dinamico relativo alla sua cessione – è infatti l'effettiva vigenza di un rapporto materiale con il bene<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> Cfr. in termini generali sul diritto di proprietà S. RODOTÀ, voce *Proprietà (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 130 ss.; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato. Proprietà*, VII, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, *passim*. Ancora, P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss.; M. TRIMARCHI, *I beni e la proprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 165 ss.; M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 719 ss.; F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2005; S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta Europea e l'art. 42 della Costituzione*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, 150 ss.; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 98 ss.; R. CONTI, *Espropriazione legittima ed illegittima: il giudice nazionale 'multilivello' alla ricerca dell'arca*, in *Corr. Giur.*, 2006, 925 ss.; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva*

La circolazione del possesso quindi – laddove sia ammessa nel nostro ordinamento – è idonea a fungere da presidio alla realizzazione di quella funzione sociale dei beni e della proprietà prevista all'art. 42 della Costituzione<sup>312</sup>. Infatti, «il discorso importante ai nostri fini, in quanto anche la configurabilità di atti di autonomia privata aventi per contenuto l'immissione di un terzo nel mero possesso di un bene, al pari del rafforzamento della tutela civile in favore dell'attività del possedere, si presentano armonici rispetto a quella che può dirsi la più moderna concezione del diritto di proprietà»<sup>313</sup>.

Cambia, a partire dalla Costituzione, la concezione del diritto di proprietà: come forma di libertà applicata alle cose, come strumento giuridico di godimento-sfruttamento e scambio dei beni, viene infatti inserita all'interno del sistema dei diritti e dei valori di natura economica degli individui. Ciò comporta la possibilità di superare la soglia del valore riconosciuto al diritto dominicale per perseguire interessi generali ugualmente riconosciuti dal nostro ordinamento<sup>314</sup>.

Tale concezione della proprietà, in altri termini, permette di «riconoscere anche al possesso il ruolo di criterio per la soluzione dei problemi concernenti l'appartenenza delle *res* a determinati soggetti»<sup>315</sup>. Il possesso quindi, ricopre una posizione giuridica autonoma nel panorama delle forme di appartenenza tutelate dall'ordinamento, rappresenta altresì una forma produttiva di tale appartenenza: nel caso del possesso, infatti, l'ordinamento non premia il titolare formale dei beni, ma colui che ha l'effettiva

---

*costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; AA.VV., *La proprietà privata e i diritti reali minori, Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di R. Conti, Milano, 2009.

<sup>312</sup> «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità».

<sup>313</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato, Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 146.

<sup>314</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 ss.; L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, 503 ss.

<sup>315</sup> C. ABATANGELO, *Il possesso derivato, Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 150.

disponibilità di essi, portando a pieno compimento uno dei valori posti alla base della nostra Carta Costituzionale, ovvero la funzione dei beni<sup>316</sup>.

### 13. Alcune riflessioni sull'accessione.

Nel tentativo ricostruttivo della circolazione del possesso un cenno merita la disciplina in materia di accessione che può definirsi come l'unione del possesso del successore a titolo particolare con il possesso del proprio dante causa.

Nonostante la norma sia ritenuta non applicabile dalla dottrina e della giurisprudenza maggioritarie<sup>317</sup>, si ritiene che essa assuma un significato rilevante nel ripercorrere le argomentazioni che, a partire dal codice civile, possono considerarsi a favore di un tale meccanismo circolatorio.

Applicare la disciplina di cui all'art. 1146 comma 1, cod. civ. – con la conseguenza l'*accipiens* potrebbe calcolare, ai fini dell'usucapione, a sua insindacabile scelta, il periodo di possesso del suo dante causa – significa valorizzare l'idoneità della situazione possessoria a circolare.

A contrario, infatti, ostacolare l'unione dei possessi costituirebbe un'arbitraria interpretazione e applicazione di una norma, perché impedirebbe al possessore, in molti casi, di «monetizzare la propria situazione possessoria, sostituendo a sé un soggetto che attribuisce un maggior valore al bene, e rischierebbe di paralizzare la circolazione del bene fino a che non sia accertato giudizialmente l'acquisto per usucapione»<sup>318</sup>.

Il termine unione infatti indica sempre l'idoneità della situazione di precedente possesso ad integrare il possesso del nuovo possessore, il dante causa-possessore in un contratto di immissione nel possesso, non il titolare del diritto trasferito.

La norma, al fine di rendere concreto il suo campo di applicazione, andrebbe quindi ad avvantaggiare l'acquirente *a non domino* che ha interesse ad usucapire: in particolare, si vuole evitare che le parti siano indotte a simulare una compravendita –

---

<sup>316</sup> Cfr. M. LIPARI, *Progressismo costituzionale e tutela possessoria*, in *Giur. cost.*, 1968, 2560 ss.

<sup>317</sup> È la tesi, abbastanza radicale, di B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 256 s. richiamata anche da R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 228.

<sup>318</sup> R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 228.

nonostante il titolo viziato<sup>319</sup> – per accelerare i tempi per l'acquisto; l'«autore» della disposizione coinciderebbe, per questo motivo, con il *tradens*<sup>320</sup>.

Conseguentemente, si potrebbe ipotizzare una serie infinita di contratti di immissione nel possesso in cui ogni nuovo possessore computi i tempi dei suoi predecessori: l'odierna attività non trascura la passata, sino ad ottenere da un lato il paradosso dell'ultimo possessore che maturi l'usucapione anche a seguito di una brevissima relazione materiale con il bene, dall'altro che tale effetto di produca sempre all'insaputa del pur inerte *dominus*.

In astratto, si avrebbe quindi un'equiparazione tra il trasferimento del possesso e il trasferimento del *ius possidendi*; e una tale eventualità non può che essere scongiurata perché andrebbe a minare la stessa idea e le stesse garanzie costituzionali della proprietà<sup>321</sup>.

#### 14. Il contratto di vendita con effetti obbligatori: la vendita con riserva della proprietà e la vendita di cosa altrui.

A prescindere dalla tesi che si vuole sostenere per ritenere ammissibile la circolazione traslativa del possesso, dal punto di vista strutturale dello strumento che si ritiene idoneo a tale fine l'attenzione non può che focalizzarsi sul contratto con effetti obbligatori.

Nel nostro ordinamento la vendita obbligatoria – o vendita ad effetti reali differiti – è contrapposta alla vendita ad effetti reali immediati: il trasferimento della proprietà infatti si realizza in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto; con la vigenza del principio consensualistico, ai sensi dell'art. 1376 cod. civ., è al momento della manifestazione del consenso che si producono gli effetti reali.

Già con riferimento alla figura del contratto preliminare a effetti anticipati, si è visto che si possono presentare alcune vicende in cui un soggetto viene immesso nella materiale disponibilità del bene in un momento antecedente rispetto al verificarsi

---

<sup>319</sup> Questo ritiene sufficiente la giurisprudenza, cfr. Cass. 3 luglio 1964, n. 1738 e Cass. 11 dicembre 1981, n. 6552, e ribadito in entrambe le sentenze del 1996. V. *supra*, Cap. I.

<sup>320</sup> In questo senso anche R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 225.

<sup>321</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, cit., 2 ss.

dell'effetto traslativo. In quel caso si tratta di qualificare la posizione giuridica che viene a crearsi in capo al promissario acquirente con riguardo alla categoria della vendita obbligatoria; si tratta di verificare la possibilità di cedere il possesso del bene anticipatamente e separatamente all'acquisto della proprietà.

Infatti, in dottrina non è mancato chi ha riconosciuto la possibilità di realizzare tale effetto per il tramite delle fattispecie in cui il Legislatore consentirebbe, per il tramite dell'effetto obbligatorio, di trasferire una situazione possessoria: in particolare, si fa riferimento alla vendita con riserva di proprietà e, soprattutto, alla vendita di cosa altrui<sup>322</sup>. Diviene rilevante allora, ai fini della trattazione, la disamina separata delle due figure in relazione al problema evidenziato.

In primo luogo, la vendita con riserva della proprietà, di cui all'art. 1523 cod. civ., è un contratto nel quale l'acquirente consegue la proprietà – o il diritto reale sul bene – in un momento successivo rispetto al perfezionamento del contratto, ovvero al pagamento dell'ultima rata del prezzo pattuito, accollandosi, tuttavia, il rischio dal momento della consegna<sup>323</sup>. Il venditore, quindi, rimane proprietario del bene oggetto di vendita, esercitando sul bene medesimo un possesso mediato<sup>324</sup>.

In particolare, l'attenzione in dottrina – interrogandosi in termini più generali sulla natura del contratto<sup>325</sup> – viene focalizzata sulla posizione del compratore: ci si domanda infatti se egli diventa mero detentore o possessore del bene.

Non sembra condivisibile la tesi di quanti lo riconducono alla vendita obbligatoria<sup>326</sup>: la proprietà infatti passa in capo al compratore solo – e quando – si

---

<sup>322</sup> Non si trascura il fatto che, come verrà oltre precisato, la dottrina non è unanime nel ricomprendere la vendita con riserva della proprietà tra le vendite obbligatorie. Lo spirito, in questo caso, è puramente classificatorio e si accoda alla dottrina tradizionale, cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 428 ss.

<sup>323</sup> Art. 1523 ss. cod. civ., riguardanti i soli beni mobili; dottrina e giurisprudenza, tuttavia, concordano sull'applicazione analogica anche agli immobili.

<sup>324</sup> Se, in seguito, il compratore divenisse inadempiente, il venditore-proprietario potrà esperire le azioni petitorie.

<sup>325</sup> Così altresì R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 114 secondo i quali, sul tema, «navighiamo in un mare di incertezze».

<sup>326</sup> D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 428 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 433 s.

verifica il pagamento dell'ultima rata del prezzo e non dall'adempimento di un'obbligazione del venditore<sup>327</sup>.

La dottrina maggioritaria sembra quindi concludere per la figura di una vendita a effetti reali<sup>328</sup>: nello specifico, si fa strada, come noto, la tesi della vendita sospensivamente condizionata<sup>329</sup> che tuttavia si scontra con il profilo relativo proprio al momento di acquisto della proprietà che, secondo la lettera della disposizione, si realizza *ex nunc*, effetto non compatibile con la disciplina della condizione che esplica i suoi effetti *ex tunc*<sup>330</sup>. Limitandosi ad osservare la fattispecie prospettata, dovrebbe ritenersi, quale diretta conseguenza, che l'acquirente sarebbe mero detentore del bene<sup>331</sup>.

Tuttavia, l'affermazione di ciò – come si è avuto modo di notare – non toglie che il medesimo soggetto possa qualificarsi in termini di possessore, sul presupposto di riconoscere che questo potere costituisce manifestazione dell'esercizio di «altro diritto» reale sul bene<sup>332</sup>: l'ipotesi potrebbe dirsi quale fattispecie legale nella quale il

---

<sup>327</sup> Cfr. F. BOCCHINI, *Vendite con contenuti speciali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno<sup>2</sup>, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 2000, 712 s.

<sup>328</sup> In dottrina si afferma anche la tesi della vendita legata ad un patto di garanzia, in cui il trasferimento del diritto si produrrebbe immediatamente, lasciando al venditore un diritto reale di garanzia volto ad assicurare all'alienante il recupero del bene con efficacia reale nel caso di mancato pagamento dell'intero. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 595 ss. Contro questa teoria si è obiettato che si pone in contrasto con la formula legislativa, v. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 155.

<sup>329</sup> V., tra gli altri, M. LIPARI, voce *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 532 s. La giurisprudenza attualmente maggioritaria accoglie quest'impostazione, v. Cass. 26 agosto 1998, n. 8478; Cass. 13 luglio 1998, n. 6813; Cass. 13 luglio 1982, n. 4122.

<sup>330</sup> V. art. 1360 cod. civ., che, tuttavia, è una norma dispositiva.

<sup>331</sup> Così S. UGOLINI, *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 107 s.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*<sup>2</sup>, I, Padova, 2010, 416; G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 708 qualifica il rapporto in termini di detenzione, perché più conforme alla legge e alla *ratio* della norma. L'acquirente conseguirebbe un diritto personale di godimento.

<sup>332</sup> Così R. OMODEI SALÉ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 108. Si trascura, in questa sede, l'ulteriore analisi di M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2011, 266 s., che riconosce nel compratore un proprietario con riserva di pagamento e nel venditore un titolare di un diritto di proprietà estremamente compresso e preposto a garanzia del prezzo. Posizione, peraltro, facilmente obiettabile rilevando che nel nostro ordinamento non coesistono differenti situazioni proprietarie su di un medesimo bene.

passaggio del possesso avverrebbe in un momento anteriore rispetto a quello della proprietà.

In particolare, infatti, l'opinione maggioritaria lo considera un possessore fin dal momento della consegna del bene<sup>333</sup>: tale qualifica importa una scissione tra il momento di trasferimento del mero possesso e quello del trapasso della proprietà che andrebbe infatti a verificarsi al saldo del prezzo.

Con questa ricostruzione, tuttavia, si scontra la considerazione legata alla causa del contratto: infatti, anche volendo ritenere la *traditio* idonea ad immettere nel possesso l'acquirente, il contratto è finalizzato al trasferimento della proprietà, quindi al trasferimento del diritto<sup>334</sup>.

In secondo luogo, rileva la fattispecie di cui all'art. 1478 cod. civ. della vendita di cosa altrui, quale ipotesi di contratto da cui sorge l'obbligazione in capo al venditore di procurare l'acquisto della proprietà della cosa o di altro diritto reale al compratore: come nel caso della vendita con riserva della proprietà, l'effetto traslativo è rinviato al momento in cui l'alienante si procura la proprietà della *res* dall'effettivo titolare<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Così R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 114, che ritengono che il compratore sia titolare di un diritto reale, quindi un possessore; C. TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, cit., 31; R. OMODEI SALÉ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 106 ss. Interessante la ricostruzione di A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 156: il compratore acquista una «situazione soggettiva reale (complessa), dotata cioè di inerenza od opponibilità *erga omnes*, nella quale confluiscono sia un diritto (reale limitato) di godimento sul bene sia una aspettativa (reale) di acquisto della proprietà (che si converte in un acquisto di proprietà al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo)». La giurisprudenza si colloca su questo fronte: cfr. Cass. 27 giugno 1972, n. 2190.

<sup>334</sup> Così anche L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 841; S. UGOLINI, *Contratto*, cit., 108, ha inoltre rilevato che, a considerare l'acquirente come un possessore, gli si aprirebbe la strada per l'acquisto per usucapione, anche anteriormente all'ultima rata del prezzo, e ciò si pone in contrasto con la *ratio* della legge. Senza contare il fatto che la legge predispone una serie di garanzie in favore del venditore incompatibili con la cessione del possesso. In questo senso, F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit., 554. S. UGOLINI, *Contratto*, cit., 107, aggiunge che il fatto che il venditore possa agire con azione di rivendicazione dimostra che non intende perdere né la proprietà né il possesso sul bene fino al pagamento integrale del prezzo. Cfr. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, 302 ss.

<sup>335</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 222 ss.; F. MACARIO, voce *Vendita*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 16 ss.



L'effetto di tale contratto deve distinguersi a seconda che il compratore sia ignaro o consapevole dell'altruità della cosa al tempo del contratto<sup>336</sup>: infatti, nel caso in cui è l'altruità del bene sia a lui nota, egli potrà qualificarsi come mero detentore, salva l'ipotesi di interversione, e deve sottostare alla situazione attendendo che il venditore gli procuri la proprietà<sup>337</sup>.

Viceversa, nel caso in cui vi sia ignoranza sul profilo della titolarità del bene, l'alienante avrebbe trasferito, antecedentemente alla proprietà, il mero possesso del bene all'acquirente, in quanto carente di legittimazione; ne consegue che, in caso di inadempimento del venditore, il contraente diviene possessore del bene, cui deve aggiungersi la prospettiva di diventare proprietario, dal momento che le parti nel contratto hanno fatto riferimento anche al trasferimento del diritto, non solo del possesso<sup>338</sup>.

Si tratta della fattispecie più utilizzata con riguardo alla prassi notarile – cui si affianca quella della vendita con la pattuizione della rinuncia alla garanzia per evizione – per porre rimedio alla situazione precaria di trasferimento del possesso: si tratta infatti di una posizione provvisoria, finalizzata al trasferimento del diritto reale, per cui risulta oltremodo difficile riconoscere la presenza – tra le pieghe della compravendita civilistica – di un'alienazione della *vacua possessio*, ovvero in altri termini, la volontà delle parti di accordarsi a tale fine.

D'altro canto il principio del consenso traslativo non sembra essere in crisi<sup>339</sup>, almeno nei profili qui esaminati, né con questo sembra essere stato introdotto, nel nostro ordinamento, un sistema alternativo, anche se vi sono importanti eccezioni.

---

<sup>336</sup> Così distingue G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 708.

<sup>337</sup> Per P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 165 la vendita ha carattere obbligatorio: a carico del venditore non può ravvisarsi una situazione di inadempimento, ma nasce un'obbligazione.

<sup>338</sup> Così anche L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 841 s.

Il compratore potrà chiedere la risoluzione del contratto o, se ha trascritto, attendere il decorso del tempo per usucapire, v. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 329.

<sup>339</sup> In verità sulla crisi del consensualismo trattava già G. CAPOZZI, *Il tramonto del consensualismo*, in *Dir. giur.*, 1980, 743 ss. V. anche S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, cit., 320.

## 15. Il possesso e la relazione *factum-ius*.

Focalizzando l'attenzione all'oggetto del contratto di vendita, si è constatata l'impossibilità di giungere ad un'alienazione della *vacua possessio*<sup>340</sup>. Il ragionamento ha preso origine da una premessa – frutto di secoli di teorizzazione giuridica – ovvero che il possesso è un potere di fatto, e non un diritto.

Come sopra evidenziato<sup>341</sup>, infatti, il Legislatore si esprime parzialmente con riguardo alla questione relativa alla natura giuridica del possesso: non lo qualifica come diritto, ma lo delinea in termini di 'potere', restando quindi fondamentale la contrapposizione *res facti-res iuris*<sup>342</sup>.

Oggi, l'interpretazione dominante continua a mantenere la tesi tradizionale del possesso in termini di situazione di fatto, seppur giuridicamente rilevante<sup>343</sup>.

Una tesi differente invece considera tramontata l'idea che sia riconducibile alla categoria delle *res facti*<sup>344</sup> – la giurisprudenza invero torna a negare la giuridicità della situazione possessoria al fine di respingere la tutela risarcitoria alla lesione del possesso medesimo in poche sentenze<sup>345</sup> –, preferendo abbracciare una qualificazione del

---

<sup>340</sup> L'espressione '*vacua possessio*' (come si vedrà nel Cap. IV) è mutuata dal diritto romano in cui veniva riferita, in particolare, ai fondi non posseduti o detenuti da altri, e quindi pronti al nuovo acquisto; qui risulta funzionale alla trattazione inerente al contesto attuale.

<sup>341</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>342</sup> Così G. SEGRÉ – A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 179, nt. 2.

<sup>343</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *La vendita*, cit., 202 e ID., *Diritto civile*, 6, cit., 715 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 79; G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, I, Milano, 1988, 41 s.; L. PADULA, *La «vendita del possesso»*, cit., 833. L'impostazione deriva dalla pandettistica: v. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad., Torino, 1930, 509.

<sup>344</sup> Cfr. A. PICCIOTTO, *La "cessione del possesso"*, cit., 1435; U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, 147. L'idea del possesso quale *factum* deriva dalla romanistica: cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, I, Padova, 1942, 382 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano, 1994, 336; A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 454. Tra i civilisti, v. L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, Milano, 1952, 485 ss.; B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>6</sup>, Torino, 1958, 250. Per un'approfondita trattazione storica, v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, Milano, 1972, 223 ss.

<sup>345</sup> Pret. Torino 3 Aprile 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1995, 686 ss., con nota di L. PELLEGRINO; Cass., 12 gennaio 2011, n. 534, in *Foro it.*, 2011, I, 1126; Cass., 12 ottobre 2010, n. 21011; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3955; Cass., 5 luglio 2007, n. 15233 in *Giust. civ.*, 2008, I, 411 ss., con nota di M. COSTANZA, *Possesso*

possesso quale situazione giuridicamente rilevante; con riguardo a quest'ultimo filone interpretativo tuttavia la dottrina continua ad essere divisa tra quanti gli riconoscono la natura di rapporto giuridico, diritto soggettivo, diritto affievolito, interesse legittimo, aspettativa di diritto, diritto di azione tendente ad ottenere una sentenza di accertamento, attività<sup>346</sup>.

In particolare, per quanti considerano il possesso un diritto soggettivo<sup>347</sup> il dettato normativo non pone problemi: la compravendita del possesso sarebbe infatti consentita dall'ordinamento alla pari della vendita dell'usufrutto o della proprietà. Si tratta di una tesi minoritaria che giunge a queste conclusioni tenendo presente gli effetti giuridici scaturenti dal possesso, nonché la previsione di tutele possessorie, considerando quindi il possesso come un interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento, senza che la circostanza che il possesso derivi da un fatto rivesta un particolare valore.

In altri termini, il possesso una volta sorto si converte in un rapporto di diritto, in quanto produttivo di effetti giuridici<sup>348</sup>; ovvero, secondo una tesi più radicale, si manifesterebbe *ex tunc* come diritto soggettivo<sup>349</sup>.

---

*e risarcimento del danno*. Sul punto v. ad esempio C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989.

<sup>346</sup> Cfr. da ultimo C. CICERO, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, cit., in specie 1082 nt. 23.

<sup>347</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. giur.*, 1966, 705 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 252 s.; G. OBERTO, *L'oggetto*, cit., 778; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1426; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 95, evidenzia che «il possesso come interesse giuridicamente protetto da azione corrisponde all'archetipo del diritto soggettivo immaginato da Jhering e viene riproposto da quella parte della dottrina moderna che ventila la possibilità di considerare il possesso un diritto soggettivo». Risolvere la disputa tra diritto e situazione 'altra' significa allora andare a ricercare e a riscoprire l'idea di diritto soggettivo, fino ad accorgersi che la definizione conosciuta (da *de-finitio*) è sempre frutto di una scelta, come tale espressione di una sensibilità. Recuperare determinati concetti può essere, oltre che impervio, rischioso e fuorviante; per questo saranno dati per associati alcuni concetti-substrati del diritto civile.

<sup>348</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Manuale*, II, cit., 252 s., il quale nota, inoltre, che un mero fatto non sarebbe idoneo ad attribuire un potere giuridico a chi pone in essere il fatto medesimo, né potrebbe trasferirsi; G. SEGRÉ – A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 179 ss.

<sup>349</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso*, cit., 710.

Accanto a queste opinioni emerge la tesi del diritto affievolito: il possesso è per certi aspetti un fatto ma contemporaneamente anche *'ius'*; in questo senso, potrebbe assumere le vesti di diritto affievolito condizionato dalla volontà di un estraneo; il possessore è un quasi-titolare, che resta tale sino a quando il titolare-proprietario non decida di porre fine alla situazione possessoria mediante l'azione di rivendica<sup>350</sup>. Gli argomenti a sostegno di questa tesi sono ricavabili dalla definizione di cui all'art. 1140 cod. civ., in cui si parla di 'potere' e non di 'potere di fatto'; mentre l'espressione 'attività corrispondente' potrebbe indicare una condizione di parallelismo tra l'istituto del possesso e quello della proprietà.<sup>351</sup>

La giurisprudenza di legittimità talora si è espressa a favore di questa posizione qualificando il possesso come diritto soggettivo, ma lo ha fatto per soddisfare finalità eterogenee, per lo più di natura processuale<sup>352</sup>, senza offrire argomenti di diritto idonei a offrire una soluzione positiva al problema in questione.

---

<sup>350</sup> G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 384 ss., che precisa che «ogni diritto affievolito è diritto soggettivo vero e proprio» (406). Il possesso è un diritto condizionatamente protetto, perché caratterizzato da una tutela altrettanto condizionata alla mancata rivendica del titolare. È dunque un diritto affievolito in quanto opponibile a chiunque, tranne che al proprietario.

<sup>351</sup> Cfr. anche M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 108 s. Questa teoria presta il fianco a numerose critiche. Innanzitutto si dimentica la *ratio legis* che ha indotto il Legislatore a tutelare il possesso in vista dell'evoluzione della situazione giuridica del possessore in quanto tale e in quanto distinta nettamente dalla proprietà, secondo una distinzione più qualitativa che quantitativa. Senza contare poi che la sorte di quel diritto soggettivo dipende dalla volontà di un *extraneus*, per cui la tutela sarebbe sempre transitoria dal momento che è posta a garanzia non di un interesse individuale, bensì di ordine pubblico.

<sup>352</sup> M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 96 ss., classifica queste finalità: consentire la tutela risarcitoria anche al di là della lesione di un diritto soggettivo; giustificare il c.d. merito possessorio. Sotto quest'ultimo profilo v. A. PICCIOTTO, *La "cessione del possesso"*, cit., 1436 s., in cui riporta la massima della Cassazione (Cass. 5 Luglio 1997, n. 6093): «L'ordinamento assicura protezione allo *ius possessionis* in quanto tale e cioè indipendentemente dalla sussistenza o meno della titolarità del corrispondente diritto reale, e gli attribuisce quindi la consistenza del diritto soggettivo». Altre pronunce sono riportate da M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1426.

Ancora, è stata sostenuta la tesi dell'interesse legittimo o dell'interesse occasionalmente protetto<sup>353</sup>: in particolare, il possesso è un fatto che corrisponde ad un diritto: il 'corrispondere' è elemento che induce a ritenere che di diritto soggettivo non può trattarsi<sup>354</sup>. Lo stesso progetto della Commissione reale definiva il possesso come «potere di fatto», nonostante l'art. 1140 cod. civ. parli solo di «potere»<sup>355</sup>.

Si tratta di una tesi rigettata da molti in dottrina in quanto confonde l'interesse alla propria tutela – che l'ordinamento accorda al soggetto possessore – con la situazione stessa, e mutuerebbe inopportunamente categorie proprie del diritto amministrativo per qualificare il fenomeno<sup>356</sup>.

Volgendo, piuttosto, lo sguardo all'interesse del soggetto a permanere nel suo stato – per i vantaggi che ne derivano – alcuni deducono che la situazione giuridica più sia riconducibile all'aspettativa<sup>357</sup>: una situazione di attesa in cui si trova un soggetto in vista di un beneficio futuro, considerato come più o meno probabile<sup>358</sup>.

L'ordinamento, in questo caso, avrebbe tipizzato una relazione di interesse tra un soggetto ed un'utilità esterna, una situazione inattiva perché provvisoria e dipendente da fattori diversi dal comportamento dell'interessato. Il possessore che nutre la speranza dell'usucapione sarebbe così assimilabile a chi ha acquistato un diritto

---

<sup>353</sup> F. S. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sistem. dir. civ. comm.*, Torino, 1965, 9 s. sostiene che l'interesse legittimo è quello tutelato contro lesioni specifiche e qualificate per la provenienza o per il modo, quindi inquadra il possesso in questa categoria.

<sup>354</sup> Così anche P. PETRONE, *Dalla vendita*, cit., 1067 ss.

<sup>355</sup> Il progetto della Commissione reale definiva il possesso (art. 522) come «il potere di fatto che alcuno ha sopra una cosa, con la volontà di avere per sé tale potere in modo corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale», v. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice civile "Della proprietà"* in *G.U. del Regno d'Italia*, 5 Febbraio 1941, anno 82°, n. 31 bis, 38 ss.

<sup>356</sup> Si vedano L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso*, cit., 711; G. SEGRÉ – A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 180; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 305 s.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 107 ss. in cui sottolinea come l'interesse legittimo sia una «situazione di vantaggio inattiva», in quanto il titolare di un interesse legittimo non può agire, ma può limitare l'esercizio di un'altrui situazione di potere che in sua assenza sarebbe smisurata.

<sup>357</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., 156 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 24 ss.

<sup>358</sup> V. A.C. PELOSI, voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1987, 465 ss., il quale, nell'esaminare il rapporto con il diritto soggettivo, esclude di estendere la nozione di diritto fino a comprendervi i fenomeni descritti con il termine 'aspettativa', nonostante alcuni autori ritengano sia un diritto soggettivo.

sotto condizione e si tratterebbe, quindi, di un'aspettativa di diritto, in quanto situazione giuridica tutelata attraverso delle azioni che rivestono una funzione tipicamente 'conservativa', caratteristica della tutela normalmente riconosciuta a questa figura<sup>359</sup>. Solo in tale dimensione si potrebbe comprendere il differente esito: definitività e assolutezza nei confronti dei terzi, provvisorietà nei confronti del titolare del *ius possidendi*.

Infine, vi è chi ha messo in luce l'aspetto 'dinamico' implicito nella sua definizione normativa, inquadrandolo come 'attività'<sup>360</sup>: il possesso sarebbe un «comportamento univocamente orientato alla fruizione attuale e futura della cosa», che apparterrebbe al piano delle fattispecie e non degli effetti<sup>361</sup>.

Un'attività che si inserisce nella dinamica produttiva di effetti giuridici: dalla fattispecie – complessa – possessoria dell'attività, discenderebbe la situazione possessoria come sintesi dei suoi effetti. Secondo quest'impostazione, solo uscendo dal terreno di scontro fatto-diritto è possibile ricostruire il fenomeno in termini di manifestazione presente ed attuale, che astrae dall'esistenza di un titolo e dalla formale pertinenza del bene al soggetto, che ad ogni modo non si risolvono in una carenza di giuridicità.

In particolare, «i vantaggi e le prerogative, scaturenti dalla fattispecie possessoria, conferiscono al possesso – *sub specie* di situazione soggettiva complessa – uno speciale valore economico, e lo rendono bene patrimoniale: in quanto tale commerciabile»<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., 156, ha presente, nell'argomentare, l'art. 1356 cod. civ.

<sup>360</sup> Cfr. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 18 ss., che lo configura quale attività, dal momento che il codice civile ha accentuato l'elemento oggettivo. A suo avviso gli studiosi, per evitare fraintendimenti, devono rimanere solidamente all'interno del recinto della fattispecie possessoria, identificandola come un unicum e da lì devono trarne gli elementi fisiologici. In questo senso si abbandonerebbero le teorie 'statiche' che hanno contrassegnato per secoli il dibattito sull'argomento. Sulla categoria generale v. F. ALCARO, *L'attività*, Napoli, 1999, 83 ss.

<sup>361</sup> Così lo definisce A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, 684 ss.; tesi abbracciata anche da A. MELA, *Il concetto*, cit., 97 ss., in cui, dopo aver analiticamente scandagliato e demolito le teorie tradizionali, sostiene la tesi del possesso come comportamento.

<sup>362</sup> In questo senso C. Cicero, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, cit., 1090.

Gli argomenti appena richiamati sono in parte confortati dalla giurisprudenza di legittimità: già le Sezioni unite avevano respinto la tesi del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo<sup>363</sup>.

In particolare, la sentenza del 27 settembre 1996 mostra di accogliere una nozione 'dinamica' di possesso, in termini di 'attività', ignorando il passaggio che qualifica il possesso come potere sulla cosa che 'si manifesta' in un'attività. La pronuncia successiva<sup>364</sup>, invece, mostra di defilarsi dal dibattito semplicemente affermando che non si tratti di un diritto soggettivo, perdendo un'occasione preziosa per fare chiarezza. In altri casi la Cassazione si è accodata a quest'osservazione<sup>365</sup>.

Sembrerebbe in ogni caso da prediligere – in quanto più aderente all'origine dell'istituto e alla *ratio legis* – la sua configurazione in termini di *res iuris*, non sovrapponibile tuttavia alla categoria del diritto soggettivo<sup>366</sup>: è necessario tenere distinto il *ius possidendi*, ossia quel diritto di colui, che vanta un diritto reale, di esplicitare in concreto quei poteri che in astratto compongono il diritto reale<sup>367</sup>.

In questa direzione, la stessa pronuncia delle Sezioni Unite – sebbene abbia avuto il merito di tentare di risolvere alcune questioni controverse in dottrina e giurisprudenza – resta legata alla concezione del preliminare come puro e semplice *pactum de contrahendo*, fonte di un mero obbligo di *facere*, segnando una battuta d'arresto sulla linea evolutiva della figura del preliminare nello schema 'complesso'<sup>368</sup>; ancora,

---

<sup>363</sup> Cass. Sez. un., 24 novembre 1992, n. 12515, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2630 ss. e in *Giur. it.*, 1993, I, 2143 ss.

<sup>364</sup> Si allude a Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, v. sopra, Cap. I.

<sup>365</sup> Cfr. Cass. 8 agosto 1996, n. 7283 e Cass. 15 novembre 2012, n. 20011.

<sup>366</sup> G. GRASSO, *La vendita del possesso: una vendita impossibile?*, cit., 307, conclude: «Non essendo un mero fatto, non figurando come diritto, non costituendo neppure un interesse, il possesso è semplicemente il possesso».

<sup>367</sup> Così C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, cit., 133 ss. Lo descrivono come un rapporto di fatto veicolo di un rapporto di diritto R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 494.

<sup>368</sup> Cfr. R.P. PUCE, *Immissione*, cit., 1097 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite (Seconda parte)*, in *St. iuris*, 2009, 1327 s.; F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit., 554 s. I. L. NOCERA, *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, in *Immobili e proprietà*, 3, 2013, 167, rileva che nel recente d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, nel novellare l'art. 72 della legge fallimentare, ha stabilito che, in riferimento agli immobili ad uso abitativo, con l'apertura del fallimento del venditore il contratto preliminare prosegue tra le parti e il curatore ha l'obbligo di concludere il definitivo se l'immobile è destinato ad abitazione principale del

sceglie di optare per la tesi incentrata sul collegamento negoziale – avrebbe generato un vero e proprio «cerbero»<sup>369</sup> – quale struttura artificiosa e non necessaria, estranea al volere puro sottinteso delle parti, che intendevano esclusivamente concludere un mero preliminare<sup>370</sup>.

L'argomento più forte tra i sostenitori della tesi della detenzione si basa sull'assunto che, con l'anticipazione delle prestazioni, si verificherebbe il mero trasferimento del possesso, inammissibile nel nostro ordinamento. Si tratta quindi di domandarsi se sia possibile attribuire il possesso di una *res* propria di cui si mantiene la titolarità.

Nella sequenza rinuncia-attribuzione ciò che rileva, ai fini dell'acquisto del possesso, è la presenza, in capo all'*accipiens*, degli elementi costitutivi del possesso<sup>371</sup>. La questione, pertanto, si ricollega al modo di intendere la struttura possessoria: se si intende il possesso come un connubio di *corpus* e *animus*, un'eventualità come quella appena ipotizzata andrebbe esclusa, a meno di non trascurare l'elemento soggettivo. Invero, il fatto che il compratore conosca l'altruità del bene non esclude a priori il possesso, essendo una situazione che prescinde dall'esistenza della correlativa situazione giuridica<sup>372</sup>.

Tuttavia, l'aspirante compratore, al fine di essere considerato possessore, dovrebbe, tuttavia, esternare il suo *animus*<sup>373</sup>: per cui il quesito diventerebbe quello di

---

promissario acquirente. In quest'intervento emergerebbe l'idea del Legislatore di guardare al complessivo assetto di interessi delle parti inglobato in un'autonoma causa e non esclusivamente nel senso di un mero obbligo a contrarre. V., inoltre, G. GIULIANO, *Il preliminare*, cit., 398 s., il quale evidenzia che una struttura così delineata comporterebbe dei problemi di compatibilità con il divieto di patto commissorio.

<sup>369</sup> La persuasiva metafora è di R.P. PUCE, *Immissione*, cit., 1097.

<sup>370</sup> Così S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, cit., 286 e F. TOSCHI VESPASIANI, *La situazione (Seconda parte)*, cit., 1328, ove sottolinea che nella prassi c'è l'esigenza del promittente alienante di ricevere una somma di denaro maggiore di quella che percepirebbe a titolo di caparra, che viene compensata dalla consegna anticipata. Secondo D. PITTELLA, *Il contratto*, cit., 66 la fonte delle obbligazioni è individuabile nelle clausole accessorie e aggiuntive a quella che prevede la stipula del definitivo.

<sup>371</sup> In questa direzione anche M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 31 s.

<sup>372</sup> Così D. CORTUCCI, *Preliminare*, cit., 630, che cita Cass. 4 settembre 1963, n. 2429.

<sup>373</sup> V. R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 83 ss.



verificare se il promissario acquirente contempra quest'intenzionalità e, soprattutto, la manifesti. In questa direzione non potrebbe farsi valere il profilo relativo al pagamento totale del prezzo<sup>374</sup>; si tratta infatti di un elemento non idoneo a mutare l'*animus* del compratore in ordine alla consapevolezza dell'altruità del bene<sup>375</sup>.

Focalizzando l'attenzione alla finalità perseguita in concreto dai contraenti – tenendo presente la moderna accezione di causa in termini di funzione economico-individuale – appare chiaro che per i soggetti il rapporto risulta definitivamente assestato, perché essi attendono solamente la 'formalizzazione' del trasferimento del diritto. Per cui si ricava la considerazione secondo la quale la consegna concreta un semplice atto materiale che si inserisce in un procedimento più ampio, apprezzabile nella complessiva cornice dell'operazione economica, e finalizzato alla vendita del diritto reale<sup>376</sup>.

La configurazione in termini di detenzione potrebbe dirsi non idonea per accogliere questa prospettiva, per cui appare necessario consentire un'adequata tutela, una tutela maggiore rispetto a quella accordata dal riconoscimento di tale situazione di detenzione<sup>377</sup>.

Occorre dire infine che lasciando a margine gli argomenti idonei per concludere per una situazione di possesso ovvero di detenzione, l'attenzione deve

---

<sup>374</sup> Cfr. A. LENER, *Contratto*, cit., 671 s.; D. CORTUCCI, *Preliminare*, cit., 629; F. TOSCHI VESPASIANI, *La situazione soggettiva*, cit., 199.

<sup>375</sup> Così S. UGOLINI, *Contratto*, cit., 100 s.

<sup>376</sup> Cfr. I. L. NOCERA, *Preliminare*, cit., 168 s. e F. TOSCHI VESPASIANI, *La situazione (Seconda parte)*, cit., 1329, che propendono per una valutazione «dinamica», «in tensione», della posizione del promissario acquirente.

<sup>377</sup> M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 31; I. L. NOCERA, *Preliminare*, cit., 169; F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit., 554. In un'ottica finalistica anche P. PETRONE, *Dalla vendita*, cit., 1092 ss. Non si comprenderebbe, inoltre, per quale motivo non ammettere la possibilità di acquistare per usucapione al promissario acquirente nel caso in cui, pur avendo pagato il prezzo, non si addivenga alla stipulazione del contratto definitivo. La sua relazione con il bene risente, infatti, di un godimento esclusivo e proteso ad una futura definizione, atteggiandosi a proprietario '*in pectore*': appare fuor di dubbio che possa apportare delle migliorie al bene, effettuare interventi di ristrutturazione o di frazionamento, richiedere permessi urbanistici, ovvero trasferire a terzi la propria posizione contrattuale, salvo clausole contrarie.

focalizzarsi sull'assetto di interessi volta per volta delineati nel contratto per cui il contratto atipico risulta essere lo strumento prescelto<sup>378</sup>.

16. Il profilo strutturale: la circolazione del possesso mediante contratto atipico.

Le considerazioni fin qui svolte sono idonee a rivalutare – favorendo una concezione alternativa, innovativa e dinamica del possesso – tale forma di appartenenza.

Rispetto a quanto è stato sostenuto dalla tesi volte a ritenere ammissibile la circolazione del possesso per il tramite di considerazione legate al possesso medesimo, si preferisce, nell'osservanza del dato positivo, valorizzare il possesso come potere.

Si è esposta la tesi della rinuncia alle azioni possessorie, tuttavia si ritiene non sia accoglibile in quanto risulta difficile individuare, in concreto, la prestazione come condotta umana contenuto del credito; in altri termini, non si è persuasi che la rinuncia ad un'azione possa formare l'oggetto di una prestazione.

Ancora, anche la tesi dell'attività non pare sostenibile: si è detto che il possesso è prima di tutto un comportamento, un'attività del soggetto rilevabile in modo oggettivo e «autoreferenziale», un atto giuridico in senso stretto<sup>379</sup>, una fattispecie quindi costitutiva di situazioni giuridiche soggettive.

A questo proposito può dirsi che, a prescindere dalla concezione del possesso – volta a valorizzare le conseguenze giuridiche ad esso ricollegabili –, la definizione codicistica ancora la sua essenza al concetto di potere. Risulta quindi più corretto approfondire la relazione tra potere e situazione di fatto, tradizionale qualificazione

---

<sup>378</sup> V. G. GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 712 s. e A. BALANTE, *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *Contratti*, 2009, 535 s. Il compito di valutare l'ammissibilità di un accordo atipico di trasferimento del possesso nel preliminare complesso spetta al notaio; sul punto v. F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit., 555 s.

<sup>379</sup> Cfr. B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 212 ss. e B. TROISI - C. CICERO, in *Codice*, cit., 783 ss., che riprende A. FALZEA, *Voci*, cit., 684, nt. 68, secondo cui il possesso deve consistere in attività oggettivamente percepibili, anche saltuarie, purché «univocamente orientate» alla fruizione attuale e futura del bene.

riservata al possesso, secondo la quale risulta difficile negare, a priori, una qualsivoglia circolazione negoziale.

Sicuramente in quanto potere, infatti, non può risolversi in un comportamento, ovvero in una condotta; si finirebbe per confondere il contenuto di una situazione giuridica con il contenitore che si esplica nella realizzazione dell'interesse di chi esercita il possesso medesimo.

Ancora, la questione circa l'ammissibilità di un contratto avente per oggetto il trasferimento del puro e semplice possesso ha trovato come precipuo campo di applicazione il contratto preliminare di vendita con effetti anticipati, nel quale – come visto – la problematicità della fattispecie è collegata al profilo della consegna, ovvero all'apparente contraddizione determinata dall'immissione a favore del promissario acquirente della materiale disponibilità della *res*, quale effetto tipico del contratto definitivo.

Superando l'impostazione del problema più tradizionale – il possesso è un'attività, quindi non è mai trasferibile ma può essere solo intrapresa; ne deriva che il possesso non è suscettibile di formare oggetto di contratti traslativi; e non sarebbe configurabile quindi un trasferimento della situazione giuridica soggettiva derivante dalla fattispecie possessoria – si è tentato di ricostruire diversamente gli orientamenti più recenti che uniscono al dato letterale importanti argomenti di carattere non propriamente tecnico-giuridico, valorizzando aspetti assolutamente centrali con riguardo alla materia possessoria, quali ad esempio il concetto di trasferimento, la funzione sociale della proprietà, il valore di scambio e il valore d'uso dei beni, la differenza tra titolarità e legittimazione.

L'ordinamento infatti, oltre a legittimare il possessore all'esercizio delle azioni possessorie, gli concede una serie di diritti, individuati specificamente tra i c.d. effetti del possesso<sup>380</sup>, e sono proprio questi vantaggi e prerogative a conferirgli la dimensione di situazione soggettiva complessa. Questo comporta che la situazione giuridica soggettiva promanante dal possesso sia ammantata di un particolare valore economico

---

<sup>380</sup> Si pensi ai diritti all'acquisto di determinati frutti (art. 1148), al rimborso delle spese per la produzione e il raccolto dei frutti da restituire (art. 1149) e a quelle per le riparazioni straordinarie, all'indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa (art. 1150), alla ritenzione della cosa fino a che non siano state corrisposte le indennità dovute (art. 1152), nonché alla più volte menzionata usucapione (art. 1158 ss.).

che lo rende un bene patrimoniale, «sia in termini di valore d'uso, sia in termini di probabilità di acquisto della proprietà per effetto dell'usucapione»<sup>381</sup>.

In altri termini, lo si riconosce come bene appartenente al possessore e rientrante nel suo patrimonio, ma con un valore differente e indipendente da quello della *res* cui afferisce. Come tale può costituire oggetto di tutela extracontrattuale, essere iscritto a bilancio in alcune poste, rientrare nell'attivo di un patrimonio ereditario, quindi oggetto della successione ereditaria<sup>382</sup>.

Appare innegabile l'assonanza con la teoria della vendita del *ius possessionis* che tuttavia trovava il suo limite e fondamento in una diversa concezione del possesso. Qui, al contrario, chi acquista il possesso diventa il titolare di un *quid* suscettibile di autonoma valutazione economica e giuridica rispetto al diritto soggettivo finale; ciò significa che sussistono interessi distinti rispetto a quelli che sottendono l'aspirazione al diritto finale.

Una simile impostazione si sposa anche con l'intendere il possesso un'aspettativa di diritto, perché si rammenta che il soggetto avente causa verrebbe posto in una situazione di «attesa qualificata» rispetto al prodursi di questi effetti<sup>383</sup>. Di fatti l'approccio 'attivistico' non si mostra contrario a questa tesi, nonostante escluda che il problema della traslatività del possesso dipenda dalla sua qualificazione giuridica. Sarebbe in questo modo consentito al titolare di realizzare i propri interessi sostanziali in vista del futuro evolversi della situazione nelle modalità previste legalmente.

Ma a considerare l'aspettativa in tal senso, a ben guardare, non si giunge ad una soluzione, perché di per sé il possesso non sarebbe autosufficiente e non guadagnerebbe un'autonomia dal diritto reale. Evitare la ricostruzione in questi termini, dunque, ha il vantaggio di tenere alla larga una concezione finalistica della

---

<sup>381</sup> Testualmente, B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 220. Cfr. anche A. MONTEL, voce *Possesso*, cit., 361. Ne riconosce la valenza, di recente, F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit. 544.

<sup>382</sup> Sempre B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 220 s.; con riferimento alla disciplina della successione ereditaria l'autore sottolinea la necessità di ricomprendere il possesso nella formazione delle quote in sede di divisione, nella formazione dell'inventario in caso di accettazione con beneficio di inventario, ovvero nell'ipotesi di separazione dei beni ereditari.

<sup>383</sup> Così M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 25 ss., che per descriverli richiama la formula «*commoda possessionis*». In questo senso, ma giungendo a risultati differenti, P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità del possesso"*, cit., 171.

fattispecie – che in più occasioni ha costituito un ostacolo alla teorizzazione della circolazione – e consente di ammettere il trasferimento anche di beni non usucapibili, nel caso in cui, ad esempio, i beni non siano alienabili, o appartenenti al demanio pubblico, ovvero si tratti di servitù non apparenti<sup>384</sup>.

Se dell'aspettativa si coglie, invece, l'incertezza del suo perdurare, in quanto condizionata dall'atteggiamento del proprietario, e, oltre a questa, l'essenza funzionale di situazione diretta alla soddisfazione dell'interesse presupposto in ragione degli effetti conservativi e preliminari ad essa riconosciuti dalla legge, allora le due impostazioni sembrano coniugarsi<sup>385</sup>.

Il possesso si colora così di un valore economico scambiabile a prescindere dall'aspirazione ad acquistare il diritto reale; occorre pertanto reperire una figura giuridica idonea a realizzare questi intenti.

Per tornare sul profilo strutturale, superando le obiezioni legate alle figure di vendita obbligatoria già previste nel nostro ordinamento, si potrebbe valutare la 'soluzione' del contratto atipico previsto dall'art. 1322 cod. civ., al fine di riconoscere come valido ed efficace un contratto di immissione nel possesso in cui sia proprio la *traditio* – come vedremo anche con riguardo all'ordinamento giuridico romano – a giocare un ruolo fondamentale.

La fattispecie cui si sta facendo riferimento infatti, è quella nella quale rileva l'effettiva immissione nel possesso – la messa a disposizione della *res* tramite la consegna di essa – in forza dell'accordo tra le parti, primo e secondo possessore. Si tratta quindi di un contratto reale<sup>386</sup> nel quale la consegna diviene parte essenziale del contratto ed elemento perfezionativo dello stesso, non bastando, a realizzare tale scopo, un contratto obbligatorio, sottoposto alla condizione sospensiva dell'immissione dell'acquirente nella materiale disponibilità della cosa poiché tale

---

<sup>384</sup> Sostenendo la teoria dell'aspettativa, conseguirebbe infatti che solo i beni usucapibili sarebbero suscettibili di circolazione.

<sup>385</sup> Per questo modo di intendere l'aspettativa v. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 156 s.

<sup>386</sup> Nel nostro ordinamento infatti, il principio di cui all'art. 1376 cod. civ. incontra rilevanti deroghe: cfr. F. GALGANO, *Diritto civile*, cit., 275; G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 346 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 131 ss.

condizione confonderebbe un elemento accidentale dell'accordo con un elemento essenziale<sup>387</sup>.

A differenza dello schema della rinuncia proposto per ammettere la circolazione del possesso, infatti, la soluzione di valorizzazione del profilo della consegna negoziale si colloca entro una cornice dello scambio: si viene a creare un contratto in cui l'effettiva attribuzione del bene viene intesa come fulcro dell'operazione, attraverso cui si esprime la definitività del consenso e una manifestazione della giuridicità dell'accordo<sup>388</sup>. La *traditio* viene così ad assumere un aspetto negoziale perché si deve connotare per un effetto psichico-volitivo, ossia una funzionalizzazione a rendere possessore un nuovo soggetto<sup>389</sup>.

Certamente elemento volitivo non integra di per sé negozio giuridico: tuttavia il raffronto con le fonti classiche aiuterà a capire i termini della questione, con particolare riguardo alla *traditio* che non presenta un aspetto negoziale, ma integra essa stessa un negozio giuridico: quando il venditore di una *res nec Mancipi* si impegna a *tradere*, si impegna – nella sostanza – a concludere un negozio giuridico<sup>390</sup>.

Si realizza, in definitiva, un trasferimento a titolo derivativo che provoca una modificazione soggettiva nella titolarità del possesso. Occorre rammentare che i due possessi dovranno essere omogenei, ossia entrambi corrispondenti all'esercizio dello stesso diritto reale sul medesimo bene<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> Questa l'analisi di B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 248, nt. 1425. Non sarebbe concepibile, a suo avviso, un contratto che non includa tra i suoi elementi di base l'immissione del nuovo possessore nel possesso del bene. Favorevoli alla tesi del contratto reale, in cui la consegna risulti necessaria, anche F. MAISTO, *Le ragioni*, cit., 733, nt. 7; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 28 e R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 227.

<sup>388</sup> Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 241 ss.

<sup>389</sup> Cfr. P. FORCHIELLI, *I limiti*, cit., 72 s. ove constata che è possibile riconoscere una negoziabilità nella consegna in presenza di alcuni presupposti, tra cui l'evento psichico-volitivo appena enunciato. L'*accipiens*, inoltre, per effetto della consegna dovrebbe assumere un autentico potere giuridico, cioè una situazione giuridica attiva; in questo caso, per gli aspetti del possesso sopra enucleati, è indubbio che questo si realizzi.

<sup>390</sup> Cfr. *infra*, Cap. III.

<sup>391</sup> Lo sottolinea M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 28, sostenendo, ad esempio, che chi si comporta come usufruttuario non può trasferire un possesso ad immagine di proprietà.

L'analisi fin qui condotta non consente di rintracciare nel tessuto normativo elementi da cui dedurre che l'ordinamento già configura una circolazione autonoma del possesso.

Il segmento della vendita è apparso utile allo studio di un fenomeno, che prende forma e concretezza proprio nel parallelo con essa: pensare di indagarlo esportandolo dal contesto è idea ambiziosa ma potenzialmente fallace. L'inciampo di molti autori è molte volte quello di abbarbicarsi su categorie dogmatiche senza più uscirvene se non attraverso continue censure: si pensi alla discussione sulla natura del possesso limitata alla contrapposizione *factum-ius*<sup>392</sup>, ovvero al suo ancillare accostamento alla proprietà in ogni struttura contrattuale.

Il percorso nella cornice della compravendita è risultato tuttavia non sempre limpido e agevolmente praticabile<sup>393</sup>.

Non si è con successo ottenuto un appiglio attraverso la vendita del *ius possessionis*, e vani appaiono i tentativi di riconoscere il trasferimento del possesso tra le righe dell'usucapione decennale, ma che ha il pregio di fornire una decifrazione approfondita e innovativa di un istituto forse trascurato dalla dottrina.

Si mostra sicuramente come meno azzardata la teoria di Luzzatto, che rintraccia nella vendita a rischio e pericolo un probabile fondamento del trasferimento del mero possesso; tesi che, al contrario, trova il pollice verso di dottrina e giurisprudenza.

Valido è pure il ragionamento che procede dalle vendite obbligatorie, nonostante rimanga imprigionato in un'ottica finalistica. L'analisi in questa prospettiva – nel senso che si tratterebbe, alla fine, pur sempre di diritti – tuttavia si colloca sotto un punto di vista circoscritto. Si è già evidenziato, infatti, come, ipotizzando una cessione, il nuovo possessore permanga in una posizione precaria perché condizionata dalla riemersione del legittimo titolare del diritto. Le pur autorevoli critiche si presentano labili perché non superano il contrasto con una posizione tradizionale che ha il pregio di rendere più coerente il sistema dei diritti reali.

Alcuni autori si sono cimentati a ricostruire il fenomeno concependo nuovi modelli e ponendo differenti presupposti. Il tentativo si focalizza sulla stipulazione di

---

<sup>392</sup> Di recente si veda FRANCISCO EUGENIO Y DÍAZ, *Possessio: res, factum, ius*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, 2, a cura di I. Piro, Lecce, 2016, 473 ss.

<sup>393</sup> R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 193 ss. lo condannano come «approccio sterile».

un contratto atipico, come consentito dalla legge all'art. 1322 cod. civ.<sup>394</sup>; contratto che legittima la controparte ad instaurare un potere sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o un altro diritto reale.

Si è sostenuto che un tale approccio è il frutto di un'innovativa lettura dei rapporti tra possesso e proprietà, trasformando il concetto di quest'ultima e offrendo gli elementi necessari per integrare un contratto innominato<sup>395</sup>. La giurisprudenza ha, infatti, utilizzato in più occasioni, al fine di dare vigore e stabilità ai propri indirizzi interpretativi, la meritevolezza degli interessi come una clausola generale che ricolloca nella norma il fondamento giustificativo di un'operazione economica<sup>396</sup>. È necessario interrogarsi sulla conformità a tale parametro; tuttavia, in via preliminare, si dedicherà l'analisi a seguire alle sfumature e alle problematiche emergenti in merito ad un simile negozio.

#### 17. Il contratto di immissione nel possesso: struttura e funzione del rapporto giuridico.

---

<sup>394</sup> Cfr. in via preliminare R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 227. Si mostrano favorevoli anche F. LONGOBUCCO, *Contratto*, cit., 554; F. MAISTO, *Le ragioni*, cit., 740 ss.; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1432. Si schierano in senso contrario A. ABBATE, *Sulla validità*, cit., 475 e F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 490 s., perché il problema non è «individuare un *nomen iuris* adeguato, attingendo alla sfera dell'atipico, alla fattispecie “trasferimento del possesso” per poi analizzarne la liceità e meritevolezza, ma di indagarne la concepibilità stessa, sul piano sistematico, mediante un'indagine attenta ai dati strutturali e soprattutto ai profili funzionali delle figure giuridiche». In realtà, se si osserva più attentamente il concetto di contratto atipico, si nota che l'autonomia contrattuale «è libertà di perseguire finalità diverse da quelle perseguibili con i contratti tipici; ma è anche libertà di perseguire con modalità contrattuali atipiche finalità già perseguibili con contratti tipici»; così F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*<sup>3</sup>, II, 1, Padova, 1999, 145; nello stesso senso Cass. 28 ottobre 1983, n. 6390.

<sup>395</sup> In questo senso S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto “apolide” in cerca di cittadinanza*, cit., 324, che evidenzia l'impatto persuasivo di una tale scelta, nonostante si mostri comunque scettico, perché richiama P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*<sup>7</sup>, Bari, 2001, 153 ss., secondo cui i contratti atipici sarebbero partecipi del carattere dell'eccezionalità in quanto dovrebbero riecheggiare frammenti di discipline già note e positivamente apprezzate nel sistema.

<sup>396</sup> V. S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto “apolide” in cerca di cittadinanza*, cit., 324, nt. 54, in cui riporta una serie esemplificativa di pronunce di legittimità.



Il contratto atipico di riferimento è un contratto di scambio, reale per quanto concerne il modo di perfezionamento, con effetti obbligatori e a prestazioni corrispettive: l'obbligazione avente per oggetto la consegna con cui l'*accipiens* riceve il bene; dall'altro, l'obbligazione di pagare il prezzo.

Sul piano degli effetti, infatti, il contratto di immissione nel possesso è idoneo a produrli una volta avvenuta la consegna del bene: gli effetti del contratto rilevano non solo tra le parti *ex art.* 1372 cod. civ., ma anche nei confronti dei terzi, perché la cessazione dell'attività precedente e l'instaurazione del successivo potere pongono l'avente causa in una posizione di esclusività che i terzi sono tenuti a rispettare, astenendosi da atti che possano turbare l'attività del nuovo possessore. Si ritiene quindi che il possessore possa agire in giudizio per chiedere il risarcimento degli eventuali danni subiti<sup>397</sup>.

Il corrispettivo riveste un ruolo particolare: il valore d'uso del possesso tiene in considerazione la natura del bene, la durata e la natura del possesso dell'autore – a maggior ragione nel caso in cui si è prossimi all'usucapione –, lo stato psicologico del possesso dell'alienante (se buona o mala fede)<sup>398</sup>.

Ancora, non sembra potersi dubitare dell'esistenza di una causa meritevole di tutela<sup>399</sup>: essa rappresenta la sintesi degli interessi in concreto che il contratto tende a realizzare<sup>400</sup>, ovvero la correlatività tra perdita ed acquisto, per cui l'uno trova causa e fondamento nell'altra<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> Così B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 253 s., che richiama l'opinione maggioritaria in tema di risarcimento del danno da lesione del possesso.

<sup>398</sup> Così M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 26.

<sup>399</sup> Cfr. B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 231 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 26 s. F. MAISTO, *Le ragioni*, cit., 740 ss., sostiene che la funzione economico-individuale di tale contratto coincide con l'assetto di interessi riguardante la traslazione del rischio per la mancata usucapione.

<sup>400</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 453 s., che parla di 'causa concreta', riconoscendo il tramonto dell'idea di causa come funzione economico-sociale del contratto, che pure qui non porrebbe problemi.

<sup>401</sup> In materia di meritevolezza dell'interesse si veda G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, 203 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1971, 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1979, 1 ss.; A. GUARNIERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 332; V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P.

La struttura causale consente inoltre di qualificare l'atto di immissione nel possesso come atto di attribuzione – negozio dispositivo – a titolo oneroso<sup>402</sup>, oltre che a distinguere l'acquisto del possesso dall'ipotesi della semplice tolleranza del proprietario o del precedente possessore.

Il mancato versamento del prezzo comporta come nel caso di un contratto tipico di vendita, l'applicazione della disciplina in materia di contratti a prestazioni corrispettive, quindi in particolare la risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ.<sup>403</sup>.

In relazione al requisito della forma, vale il principio di libertà della forma: in quanto stipulato a titolo oneroso – e non a titolo gratuito<sup>404</sup> – il contratto non richiede il rispetto di particolari previsioni, quindi in particolare non richiede la forma scritta dell'atto pubblico o della scrittura privata di cui all'art. 1350 cod. civ. Il contratto a struttura reale – nel quale l'attenzione deve essere focalizzata sul profilo della consegna strettamente ricollegato al consenso manifestato dalle parti – qualifica la manifestazione di volontà<sup>405</sup>. Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità che le parti possano scegliere di utilizzare la forma scritta, anche in previsione dell'usucapione: in assenza di un titolo astrattamente idoneo da trascrivere – la norma richiede infatti l'idoneità a trasferire la proprietà – il nuovo possessore non potrà acquistare il bene in forza dell'usucapione decennale.

#### 18. Rivalutazione del criterio della meritevolezza ex 1322, comma 2, cod. civ.

---

Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 424 s.; M. GAZZARRA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 55 ss. Merita di accennarsi che in relazione al profilo della meritevolezza non tutti accolgono come necessario il riferimento alla causa.

<sup>402</sup> Se fosse a titolo gratuito, precisa B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 237 s., saremmo di fronte ad una liberalità atipica riconducibile all'art. 809 cod. civ.

<sup>403</sup> Art. 1153 cod. civ.

<sup>404</sup> Più complicato è il contratto a titolo gratuito concretantesi in una liberalità: la legge prescrive all'art. 782 cod. civ. la forma dell'atto pubblico, ma questa norma non sembra applicabile al caso di specie, perché non richiamata dall'art. 809 cod. civ.

<sup>405</sup> Così B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 252 e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 243.

Un accordo negoziale atipico deve essere assoggettato al vaglio della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti affinché possa ricevere il crisma della legge, come previsto all'art. 1322, comma 2, cod. civ.

La giurisprudenza ha mostrato scarsissima propensione ad utilizzare il parametro della meritevolezza come sbarramento alla creazione di schemi contrattuali atipici: in particolare, lo ha considerato «alla stregua di un residuo bellico, retaggio ingombrante dell'ideologia fascista ispirata ad un penetrante controllo pubblico in materia economica»<sup>406</sup>.

Di recente, tuttavia, proprio il profilo della meritevolezza viene – preferito a quello della liceità<sup>407</sup> e quindi – rivalutato in chiave di filtro agli atti di volontà dei privati all'apparato giurisdizionale apprestato dall'ordinamento giuridico nei confronti delle sempre più numerose espressioni dell'autonomia negoziale<sup>408</sup>.

La dottrina invece ne coglie l'importanza sotto il profilo dell'autonomia contrattuale, che deve essere sorretta da una ragione pratica che la giustifichi, ovvero sotto il profilo causale<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2003, 56 s., il quale rammenta l'assenza di sentenze che stabiliscano la nullità di un contratto, a cui fa eccezione App. Milano 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss., con nota di G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*. Cfr. anche R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 447 s.

<sup>407</sup> Che non è altro che la valutazione dell'illiceità; così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 424; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 459; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799 ss. Una posizione contraria, ma minoritaria, la assume F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss. che considera il giudizio di meritevolezza qualitativamente distinto dal giudizio di liceità. Sul punto, v. la confutazione di M. GAZZARA, *Considerazioni*, cit., 64 ss.

<sup>408</sup> Il riferimento va alle pronunce di legittimità relative all'immeritevolezza degli interessi perseguiti mediante la stipula di contratti atipici denominati 'For you' e 'My way'. Cfr. in particolare Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949. Di recente, Cass. 27 febbraio 2017, n. 4907. Sulla rilevanza del giudizio di meritevolezza si veda P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 220 ss; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002, 101 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Padova, 2003, 224 ss.

<sup>409</sup> V. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 458 ss.

Al fine di concretare tale operazione di valutazione si rende necessario l'esame della causa di questi negozi per vedere, caso per caso, se siano portatori di una positiva utilità sociale: in particolare, si ritiene di non poter fare ricorso a principi generali ed astratti<sup>410</sup>, al fine di scongiurare una valutazione arbitraria del giudice<sup>411</sup>, bensì con specifico riferimento alla fattispecie concreta, in completa aderenza alle recenti impostazioni dottrinali sulla causa.

La Costituzione all'articolo 42, comma 2, tutela la proprietà nella sua accessibilità e nella sua funzione sociale: infatti, la legge ne determini i limiti, ma anche i modi di acquisto e di godimento<sup>412</sup>; costituirebbe quindi una violazione del buon costume – se per buon costume si concepisce un fattore in grado di regolare l'onesto svolgimento dei rapporti sociali<sup>413</sup> – consentire un accordo in danno del legittimo proprietario per porre altri nella condizione di acquistare la proprietà o un altro diritto sullo stesso bene<sup>414</sup>.

Per quanto concerne l'ordine pubblico, si ritiene che accordi di tal fatta contrasterebbero con l'interesse dell'ordinamento alla circolazione di posizioni giuridiche non precarie; inoltre, l'autonoma cessione del possesso attraverso il semplice consenso, come nell'ipotesi del contratto di immissione, condurrebbe ad una moltiplicazione di situazioni di fatto insuscettibili di controllo poiché svincolate sia dalle regole che disciplinano la circolazione dei diritti, sia dagli «indici materiali» che tradizionalmente definiscono il possesso<sup>415</sup>. Tuttavia è chiaro come nell'ipotesi di vendita del possesso la consegna è elemento perfezionativo del contratto – reale – di immissione sicché il mero consenso non si dimostra sufficiente. Per quanto riguarda il carattere della precarietà, si può facilmente notare che esso concerne la convenienza dell'affare e non la meritevolezza del programma negoziale<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> Sull'applicazione dei principi in chiave interpretativa nel diritto privato si veda di recente C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.

<sup>411</sup> Cfr. G. B. FERRI, *Meritevolezza*, cit., 94.

<sup>412</sup> Art. 42, comma 2, Cost.

<sup>413</sup> Cfr. A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 705.

<sup>414</sup> In questo senso C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 202.

<sup>415</sup> Così P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità del possesso"*, cit., 170.

<sup>416</sup> Così G. GRASSO, *La vendita del possesso: una vendita impossibile?*, cit., 333 e B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 246.

Infine, nel valutare la contrarietà del negozio a norme imperative, occorre ribadire che nel nostro ordinamento non risultano disposizioni che vietino espressamente la circolazione del possesso: laddove quindi si deducesse il contrario, mancherebbe il carattere dell'inderogabilità; di conseguenza, l'analisi di quest'ultimo elemento risulta più agevole.

Di recente la giurisprudenza di legittimità è tornata a pronunciarsi sul criterio della meritevolezza con riguardo ad una tematica che poco – se non nulla – ha che fare con la tematica in oggetto: si tratta delle clausole *claims made* che integrano un patto atipico, per cui alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico<sup>417</sup>.

In tale sentenza la Corte oltre a ribadire che – facendo già riferimento alla Relazione al Codice civile – la meritevolezza è un giudizio e non un requisito del contratto, per cui deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, specifica che tale contrarietà sarà integrata quando il risultato che il negozio atipico intende perseguire sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume o all'ordine pubblico.

In particolare, per utilizzare le parole della Corte, «l'immeritevolezza discenderà dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)»<sup>418</sup>.

Tale statuizione da parte della giurisprudenza di legittimità è l'occasione per ripercorrere, offrendo una trattazione esaustiva, le differenti motivazioni addotte al fine di qualificare come non meritevole di tutela una pattuizione atipica: nello specifico, la Corte interviene riducendo a 'sistema' le motivazioni dei precedenti indicati, per cui

---

<sup>417</sup> Il riferimento è alla sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 441 ss., con nota di A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Claims made*, 'code lunghe' e ostracismi giudiziali; in *Corr. Giur.*, 2017, 1194 ss., con nota di G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*. Di recente si veda anche R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corriere giur.*, 2016, 927 ss. M.C. PERCHIUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contratto e impresa*, 2017, 746 ss.

<sup>418</sup> Cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10506.

si può trarre la considerazione che sono ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

Risulta difficile ritenere l'accordo delle parti volto a trasferire il possesso contrario ai principi di solidarietà posti alla base del nostro ordinamento; così come risulta ancora più complicato far rientrare tale contrattazione atipica in una delle fattispecie indicate dalla giurisprudenza come ipotesi immeritevoli di tutela avuto riguardo allo specifico scopo perseguito dalle parti.

In conclusione, in assenza di significative ragioni ostative, un accordo finalizzato al trasferimento del possesso – nella forma di contratto reale obbligatorio di immissione nel possesso avente per oggetto il trasferimento del possesso-potere – è meritevole di tutela e rientra nell'autonomia privata concessa dalla legge ai privati attraverso la clausola dell'art. 1322 cod. civ.<sup>419</sup>.

#### 19. Applicazione del tipo più simile.

Si tratta di individuare la disciplina applicabile al contratto atipico posto in essere e in questa direzione risiede il cuore dell'attività di interpretazione del giurista che ha riguardo alla causa dell'operazione economico-giuridica posta in essere. In particolare, l'operazione di interpretazione può dirsi la medesima che la giurisprudenza compie con riguardo alla figura del contratto misto. Infatti, nell'individuazione della disciplina ad esso applicabile è possibile ricorrere alla tecnica dell'assorbimento – con relativa applicazione della disciplina propria del tipo contrattuale prevalente nell'ambito del contratto misto – ovvero della tecnica della combinazione – idonea ad

---

<sup>419</sup> Oltre a ciò il contratto supera anche il controllo «positivo» dell'utilità sociale, cfr. B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 246 s.

assegnare a ciascuno dei frammenti dell'operazione contrattuale la disciplina propria del singolo tipo.

Nel nostro caso si tratta di individuare la disciplina applicabile al negozio atipico, nel quale la disciplina del rapporto è dettata in primo luogo dalle parti, le quali – nell'esplicazione dell'autonomia contrattuale – sono anche libere di improntare taluni patti ad istituti tipizzati dalla legge, pur senza recepirne integralmente la normativa<sup>420</sup>.

In particolare – in relazione ad una vicenda di interpretazione del *leasing* traslativo – la giurisprudenza ritiene di poter applicare ai contratti non espressamente disciplinati dal codice civile – oltre alle norme generali in materia di contratti – anche le norme regolatrici dei contratti nominati quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme<sup>421</sup>.

Tale principio è fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità che già a partire dagli anni '80 si era pronunciata in termini analoghi: ai negozi atipici, in mancanza di una espressa previsione negoziale – essendo prioritaria la valutazione degli interessi come espressi dalle parti contraenti – sono applicabili, in via analogica, le disposizioni contemplate per altri negozi ad esse assimilabili per natura e funzione economico-sociale<sup>422</sup>.

Nel caso della vendita del possesso sembra difficile negare che l'intenzione delle parti non sia quella di cedere – verso il corrispettivo di un prezzo – una situazione possessoria; superando il valore – pur sempre esistente – del principio consensualistico che abbiamo visto può essere temperato e trovare nelle vendite obbligatorie eccezioni ammesse nell'ordinamento, è possibile rinvenire in una fattispecie atipica di cessione

---

<sup>420</sup> Cfr. Cass. n. 4032/1991.

<sup>421</sup> Cfr. Cass. 2069/2000.

<sup>422</sup> Cfr. Cass. 3142/1980. È doveroso segnalare che non si tratta di un criterio assodato. In particolare, può farsi riferimento al contratto di parcheggio ovvero alla categoria dei contratti misti per i quali non è automatica l'applicazione della disciplina generale così come assorbita dal profilo causale. Può dirsi in ogni caso che ai contratti non espressamente disciplinati dal codice civile possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti – profilo sul quale non vi sono dubbi – anche le norme che regolano i contratti nominati «quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme». In questo senso Cass. 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Giur. it.*, 2001, 261 che in materia di *leasing* occupa un posto significativo.

del possesso un caso di vendita per cui l'applicazione del 'tipo' vendita può essere ammessa.

Di recente si è sottoposta all'attenzione della Corte la problematica fattispecie del contratto di concessione di vendita, che evidenzia la stessa difficoltosa operazione interpretativa con riguardo la disciplina ad esso applicabile<sup>423</sup>.

Si tratta di contratto innominato che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e di collaborazione e consiste – sul piano strutturale – in un contratto normativo: il concessionario ha l'obbligo di promuovere la stipulazione di singoli contratti di compravendita, ovvero l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti alle condizioni fissate nell'accordo iniziale, quindi in relazione alla puntuale intenzione delle parti. Tale accordo privo di una struttura negoziale tipica può atteggiarsi nelle realtà come diversi contratti tipici – il contratto di somministrazione con il quale è compatibile la clausola di riserva della proprietà – per cui si ritrova il problema di individuazione della disciplina del tipo simile.

## 20. L'area del 'disponibile': il raffronto con la donazione di bene altrui.

Per ampliare il perimetro della presente indagine si può rinvenire nel caso di donazione di cosa altrui un riferimento alla nostra tematica. Ciò che ci si può domandare è infatti se il ragionamento sviluppato con riguardo alla donazione di bene altrui possa essere esteso anche all'area della 'disponibilità' in termini di possesso *ad usucapionem* nel rapporto con la titolarità del bene.

Il tema della donazione di bene altrui si intreccia infatti con il tema della donazione nell'ambito delle fattispecie di circolazione *a non domino* dei diritti. L'area individuata da tali fattispecie se tradizionalmente è ricondotta agli acquisti *a non domino* può essere qualificata, per una maggior comprensione del fenomeno, anche all'area del 'disponibile', ovvero all'area delle attribuzioni patrimoniali.

In particolare, quindi, si vuole ritenere il contratto obbligatorio di vendita, nonché il contratto a effetti meramente obbligatori di donazione valido ed efficace anche nel caso in cui a negoziare sia il mero possessore di un bene come se il

---

<sup>423</sup> Cfr. Cass. 27 febbraio 2017 n. 4948.



trasferimento del possesso fosse assimilabile ad una cessione di bene – parzialmente ovvero totalmente – altrui.

In altri termini, ci si sta domandando se il quesito di diritto ‘dica la Suprema Corte a Sezioni Unite se l’articolo 771 cod. civ., può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei beni futuri con quella dei beni altrui’ possa essere ulteriormente interpretato sino a ricomprendere anche i beni ‘soltanto’ posseduti, dei quali quindi si ha la disponibilità – quale valore patrimoniale autonomo – materiale.

La donazione di cosa altrui, come noto, è una *species* della donazione: il donante dispone di un bene o di un diritto che non gli appartiene all’epoca del contratto; conseguentemente, mancando la legittimazione a disporre del *donatum*, la liberalità non può determinare un immediato trasferimento patrimoniale<sup>424</sup>.

Si tratta di una fattispecie che ha dato luogo ad una *querelle* interpretativa.

Di recente si sono pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione – Cass. n. 5068/2016 – affermando con risolutezza che la donazione di bene altrui, benché non espressamente vietata da una qualsivoglia norma del codice civile, è nulla per mancanza di causa tipica della donazione in senso stretto a meno che il donante abbia formalmente assunto l’obbligo di procurare al donatario l’acquisto del

---

<sup>424</sup> Cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 92; U. CARNEVALI, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di Diritto Privato*, II, 6, Torino, 1982, 486; A. PALAZZO, voce *Donazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 137 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, a cura di U. Carnevali e A. Mora, 2006, 497 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, 390 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2011, 543 ss. Di recente G. VISALLI, *Sull’asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di «titolo idoneo» ai fini dell’usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, in *Notariato*, 2002, 404 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2015, 1105 ss., in specie 1150 ss.; R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016; D. PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Notariato*, 2014, 1210 ss.; M. ONORATO, *Donazione del bene altrui e donazione del bene presente nell’asse ereditario indiviso*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 839 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità civile del notaio - la colpa professionale del notaio*, in *Giur. It.*, 2017, 2523 ss.; A. GIANOLA, *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596 ss.; A. PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115 ss.; E. DEPRETIS, *Donazione di beni futuri, donazione di beni altrui, donazione di “quotina”: il punto delle Sezioni Unite*, in *Immobili&Proprietà*, 2017, 155 ss.

*donatum*; in quest'ultimo caso la donazione a effetti obbligatori può ritenersi valida ed efficace<sup>425</sup>.

In particolare, infatti, il codice civile non menziona espressamente i requisiti dell'attualità e definitività dello spoglio, per cui con riguardo all'art. 769 cod. civ. – che distingue tra donazione dispositiva e donazione obbligatoria, nel quale la locuzione 'disponendo di un suo diritto' lascia intendere un chiaro riferimento al modello di donazione dispositiva<sup>426</sup> – si può ritenere impregiudicata la facoltà, offerta ai privati, di concludere una valida donazione obbligatoria di beni altrui<sup>427</sup>.

La giurisprudenza ormai consolidata è salda nel ritenere che la donazione di cosa altrui debba considerarsi nulla alla luce del combinato disposto degli artt. 769 e 771 cod. civ., nonché 1325 cod. civ. e 1418 cod. civ., poiché non si attua la causa tipica del contratto di donazione<sup>428</sup>, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto

---

<sup>425</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, con nota di L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di beni altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, 1023 ss.; in *Famiglia e Diritto*, 2016, con nota di A. AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*, 1050 ss.; in *Corr. giur.*, 2016, con nota di U. CARNEVALI, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, 610 ss.; in *Giur. it.*, 2016, con nota di C. CICERO, *Le vicissitudini giurisprudenziali della donazione di beni altrui*, 1081 ss.; in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, con nota di U. LA PORTA, *Sulla donazione di quota su bene facente parte di un più ampio compendio comune e la donazione di cosa altrui*, 97 ss.; in *Immobili&Proprietà*, 2017, con nota di E. DAPRETIS, *Donazione di beni futuri, donazione di beni altrui, donazione di quotina: il punto delle Sezioni Unite*, 155 ss. Ancora, U. MORELLO, *La donazione di beni altrui, alcune riflessioni*, in *Notariato*, 2016, 556 ss.; E. FERRANTE, *Le Sezioni Unite sulla donazione di cosa altrui (commento a Cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, in *Dir. civ. cont.*, 7 Giugno 2016.

<sup>426</sup> L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di beni altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, cit., 1023.

<sup>427</sup> Cfr. F. M. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Notariato*, 2001, 867 ss.

<sup>428</sup> V. Cass. 5 gennaio 2017, n. 144: «La donazione dispositiva di un bene altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi viziata da nullità rilevabile d'ufficio alla luce della complessiva disciplina dell'istituto e, in particolare, dell'art. 771 cod. civ.»; Trib. l'Aquila, 12 maggio 2016: «Sebbene la nullità della donazione con cui il donante dispone di un diritto altrui, intendendo produrre un effetto traslativo immediato, non sia espressamente comminata da alcuna norma, tale conclusione può ricavarsi dalla disciplina complessiva della donazione»; Trib. Palermo, 27 marzo 2012: «La donazione di beni futuri, a pari della cd. donazione di cosa altrui, è da ritenersi nulla perché aderente a beni non facenti parte del patrimonio del soggetto donante, al momento del compimento dell'atto traslativo».

al patrimonio del donante al momento del contratto<sup>429</sup>, estendendo il divieto di disposizione di beni futuri al concetto di bene altrui, in quanto bene futuro non è inteso in senso strettamente oggettivo – come bene non ancora venuto ad esistenza – bensì anche soggettivamente inteso, quale bene esistente non ancora facente parte del patrimonio del donante<sup>430</sup>.

Si tratta di un'opinione consolidata in giurisprudenza<sup>431</sup> che risolve nei termini della nullità in quanto la fattispecie si pone in violazione di tutta la disciplina della donazione: ciò che prevale è la mancanza di una causa di donazione, senza che rilavi in alcun modo l'applicazione analogica della nullità prevista all'articolo 771 cod. civ.

Tuttavia, la donazione dispositiva di un bene altrui si considera idonea all'usucapione decennale, in quanto deve dirsi solo astrattamente suscettibile di determinare il trasferimento del diritto reale ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare. Si tratterebbe infatti

---

<sup>429</sup> Cass. 23 maggio 2014, n.11545, così come riportata anche in Cass. 15 Marzo 2016, n. 5068: «La Seconda Sezione, con ordinanza interlocutoria n.11545 del 2014 ha innanzi tutto ricordato come, nonostante l'art. 769 cod. civ. abbia assoggettato la donazione al principio consensualistico, sia risultato prevalente in giurisprudenza, in via di interpretazione analogica all'art. 771 cod. civ., la tesi della nullità della donazione di bene altrui, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto».

<sup>430</sup> Cfr. Trib. Potenza, 14 marzo 2017: «l'istanza protettiva disvelata dalla norma impone di ritenere (...) che il divieto da essa dettato abbracci tutti gli atti di donazione dispositiva perfezionati prima, ancora che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante»; Trib. Potenza, 21 gennaio 2011: «La nullità della donazione avente ad oggetto un bene di proprietà di altri discende non già da un vizio di struttura, bensì esclusivamente da una ragione inerente la funzione del negozio, ovvero l'altruità del bene donato rispetto al patrimonio del disponente»; Trib. Benevento, 17 aprile 2009: «Il concetto di cosa futura va inteso in virtù di un consolidato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, non solo nel senso oggettivo (bene non esistente *in rerum natura*), ma anche in senso soggettivo (bene che non fa parte del patrimonio del donante). Si veda U. LA PORTA, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, I, 97 ss., *Sulla donazione di quota su bene facente parte di un più ampio compendio comune e la donazione di cosa altrui*; E. DEPRETIS, in *Immobilità e proprietà*, 3/2017, 155 ss., *Donazione di beni futuri, donazione di beni altrui, donazione di quota: il punto delle Sezioni Unite*.

<sup>431</sup> Cfr. nei termini della nullità anche Cass. 3315/1979; Cass. 6544/1985; Cass. 11311/1996; nonché di recente Cass. 23 maggio 2013, n. 12782: «La donazione di cosa altrui (...) deve ritenersi nulla (...) poiché il divieto di donazione di beni futuri riguarda tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante (...)»

di una donazione solamente inefficace – e non nulla – nei confronti dei terzi, ma efficace dal punto di vista ‘interinale’ nell’ambito dell’usucapione abbreviata.

Si tratta quindi di valutare la compatibilità della donazione di cosa altrui con la funzione e con la causa del contratto di donazione: l'*animus donandi* acquista rilevanza causale e deve essere quindi delineato nell’atto pubblico; se così non accade, infatti, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall’altruità del diritto in sé, quanto dal fatto che il donante non assuma l’obbligazione di procurare l’acquisto del bene.

Tale operazione interpretativa è la medesima che potrebbe essere effettuata con riguardo al caso del contratto di vendita del possesso: infatti, può dirsi senza dubbio che manchi una specifica previsione normativa con riguardo alla vendita – obbligatoria – del possesso; esistono però due fattispecie disciplinate nel codice civile ovvero la vendita di cosa futura e la vendita di cosa altrui, ritenute – a differenza della donazione *a non domino* – valide.

Ancora, nell’ipotesi in cui la cosa non appartenga al donante, in quanto fattispecie a carattere obbligatorio il donante deve assumere espressamente e formalmente nel contratto l’obbligazione di dare, ovvero di procurare l’acquisto del terzo al donatario: la struttura appena richiamata richiama, con riguardo al caso di vendita di cosa altrui, lo schema proprio del diritto romano caratterizzato dalla conclusione di un contratto di *emptio venditio* cui si affianca, per la garanzia della definitività dell’acquisto una stipulatio – di garanzia – *habere licere*, con la conseguenza che ciò che costituisce oggetto di trasferimento è senza dubbio una situazione di possesso *ad usucapionem*.

Accanto all’orientamento tradizionale – che scorge nella fattispecie di donazione altrui una ipotesi di nullità –, si affianca un diverso indirizzo interpretativo che ritiene, all’opposto, valida ma inefficace una siffatta liberalità: in particolare vi è una nota pronuncia della Cassazione<sup>432</sup>, che afferma la non operatività della nullità in applicazione analogica dell’art. 771 cod. civ., «in quanto il requisito richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente

---

<sup>432</sup> Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Mass. Giur. It.*, 2001, «La donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 cod. civ., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell’usucapione abbreviata ex art. 1159 cod. civ.».

trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse titolare».

Infatti, l'art. 771 cod. civ., prevedendo una deroga al principio di carattere generale della deducibilità di prestazioni future di cui al 1348 cod. civ., assumerebbe i tratti di una norma eccezionale e dunque non suscettibile di estensione analogica; inoltre, la Corte afferma che il Legislatore più volte ha nettamente distinto il concetto di 'bene futuro' da quello di 'bene altrui'.

Di matrice essenzialmente dottrinale è invece l'orientamento che afferma essere, la donazione di un bene altrui, un negozio valido e produttivo di effetti meramente obbligatori, raffrontando ed estendendo alla fattispecie la disciplina codicistica della vendita di cosa –parzialmente – altrui; la donazione dunque, non comportando un immediato effetto traslativo, produrrebbe l'obbligo in capo al donante di acquistare la *res aliena*, con conseguente applicazione per estensione analogica del 1478 cod. civ.; è lo stesso art. 769 cod. civ., seconda parte, che consente al donante di effettuare una liberalità anche attraverso l'assunzione di un'obbligazione.

Sul punto, le Sezioni Unite, dopo aver configurato la donazione obbligatoria di bene altrui come donazione di dare<sup>433</sup>, non chiarisce in virtù di quale meccanismo il donatario divenga titolare del diritto, una volta che questo sia acquisito al patrimonio del donante, permanendo così il dubbio se la donazione obbligatoria sia – parimenti alla vendita obbligatoria di cui all'art. 1478, comma 2, cod. civ. – un negozio con effetto traslativo differito, oppure se generi un'obbligazione di dare in senso stretto, rispetto alla quale il donante – una volta acquisita la proprietà del *donatum* – dovrà trasferirlo nel patrimonio del donatario con un ulteriore atto traslativo.

A fronte di questa molteplicità di orientamenti, i problemi riguardano cosa si intenda per «bene altrui» e se si distingua o meno dal concetto di 'bene futuro'; la natura e la disciplina applicabile alla donazione di cosa altrui in quanto donazione obbligatoria

---

<sup>433</sup> Cass. Civ., n. 5068/2016: «La donazione di bene altrui vale, pertanto, come una donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico. Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui».

di dare, nonché, infine, la c.d. donazione di ‘quotina’, ovvero la donazione di una quota di un bene appartenente ad una comunione ereditaria od ordinaria.

La *ratio* della previsione del divieto contenuto nell’articolo 771 cod. civ. è quella di inibire liberalità anticipate da parte del donante, tutelandolo da eccessivi e non ponderati slanci di prodigalità<sup>434</sup>; il Legislatore avrebbe dunque inteso garantire la consapevolezza del donante circa il relativo sacrificio economico, conseguibile solo se il negozio liberale riguarda beni compresi nel patrimonio del disponente.

Quanto all’esatta individuazione della nozione di ‘bene futuro’ è ormai consolidata l’opinione secondo la quale la disposizione in esame si riferisce tanto a cose inesistenti in natura od oggettivamente future – cose che, al momento della conclusione del contratto, non esistono ancora, ovvero si concreta in un’utilità che si darà soltanto al perfezionamento – quanto a beni altrui, o soggettivamente futuri, intendendosi i diritti esistenti ma non compresi, all’epoca della donazione, nel patrimonio del donante<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Cass. 5 maggio 2009, n. 10356, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 11, nota di ONORATO: «La donazione dispositiva di beni altrui, con cui il donante intende produrre un effetto traslativo immediato, è nulla alla luce della complessiva disciplina della donazione. Nonostante manchi un espresso divieto, l’art. 769 cod. civ. impone nella donazione con effetti reali immediati l’attualità dello spoglio, la quale implica che il donante disponga di un ‘suo diritto’. Inoltre l’art. 771 comma 1 cod. civ., nel comminare la nullità della donazione di beni futuri, esprime l’esigenza, comune alle liberalità riguardanti cose altrui, di limitare gli atti di prodigalità del donante. Tale istanza protettiva richiede un superamento dell’interpretazione letterale dell’art. 771 cod. civ., così da ricomprendere nel suo divieto ogni bene futuro, sia in senso oggettivo, che in senso solo soggettivo»; Trib. L’Aquila, 14 agosto 2008: «In materia di donazioni, la *ratio* sostanziale del divieto di donazione di beni futuri, di cui all’art. 771 cod. civ., risiede nell’esigenza generalizzata di non favorire la prodigalità del donante, tanto più se riferibile a beni non rientranti nella sua sfera patrimoniale»; Trib. Potenza, 14 marzo 2017: «È nulla la donazione di un bene altrui e, dunque, non esistente nel patrimonio del disponente, giacché nel divieto riguardante i beni futuri, sancito dall’art. 771 cod. civ., deve intendersi compreso anche il bene che non fa parte del patrimonio del disponente. L’esigenza, posta alla base della richiamata norma, di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l’impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante, accomuna, infatti, futuità ed altruità (...)».

<sup>435</sup> Trib. Potenza, 14 marzo 2017: «E’ nulla la donazione di un bene altrui e, dunque, non esistente nel patrimonio del disponente, giacché ne divieto riguardante i beni futuri, sancito dall’art. 771 cod. civ., deve intendersi compreso anche il bene che non fa parte del patrimonio del disponente»; Cass. 23 maggio 2013, n. 12782: «La donazione di cosa altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla stregua della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell’art. 771 cod. civ., poiché il divieto di donazione di beni futuri riguarda tutti gli atti perfezionati prima che il loro

La dottrina si presenta ben più articolata. Da un lato, si accoglie il concetto di *futuritas* in senso ampio, quale bene futuro non ancora presente in *rerum natura* o bene già esistente ma non ricompreso nel patrimonio del disponente al momento della conclusione del negozio<sup>436</sup>; ne consegue dunque la nullità della donazione di cosa altrui in quanto la fattispecie ricade nella norma di cui all'articolo 771 cod. civ..

Dall'altro, al contrario, vi è un'interpretazione riferita solamente ai beni non ancora esistenti in *rerum natura*<sup>437</sup>; si desume quindi che la donazione di cosa altrui sia altro rispetto alla donazione di beni futuri, e sarebbe anzi ammissibile, purché – come precisa la dottrina<sup>438</sup> – il donante sia consapevole dell'altruità del bene.

---

oggetto entri a comporre il patrimonio del donante (...); Trib. Palermo, 27 marzo 2012: «La donazione di beni futuri, al pari della c.d. donazione di cosa altrui, è da ritenersi nulla perché afferente a beni non facenti parte del patrimonio del soggetto donante, al momento del compimento dell'atto traslativo»; Trib. Benevento, 01 aprile 2010: «La donazione di cosa altrui è nulla in base all'art. 771 cod. civ., il quale non consente la donazione di beni futuri: il concetto di bene futuro va, infatti, inteso non solo in senso oggettivo (bene non esistente in *rerum natura*), ma anche soggettivo (bene che non fa parte del patrimonio del donante)»; Trib. L'Aquila, 14 agosto 2008: «In materia di donazioni, la ratio del sostanziale divieto di donazione di beni futuri, di cui all'art. 771 cod. civ., risiede nell'esigenza generalizzata di non favorire la prodigalità del donante, tanto più se riferibile a beni non rientranti nella sua sfera patrimoniale».

<sup>436</sup> D. PASTORE, *Ancora su donazione di cosa altrui e donazione di quota di un bene ereditario*, in *Notariato*, 2017, 252: «Sebbene tale articolo rechi la rubrica 'donazione di beni futuri', pare evidente che il complemento di specificazione 'del donante', riferito ai beni presenti, possieda un significato soltanto per escludere i beni altrui dal novero dei possibili oggetti di donazione. Se la norma fosse diretta solo ad escludere i beni futuri, tale complemento di specificazione sarebbe del tutto ultroneo, oltretutto fuorviante: sembra quasi inutile ricordare che i beni futuri, in quanto tali, non appartengono a nessuno»; L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di beni altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, cit., 1023: «(...) ben spesso si afferma che il riferimento a tali beni, contenuto nella disposizione appena evocata, vale a indicare, oltre alle cose inesistenti in natura od 'oggettivamente future', anche i beni altrui o 'soggettivamente futuri', intendendosi, con quest'ultima locuzione, i diritti esistenti, ma non compresi nel patrimonio del donante all'epoca della donazione».

<sup>437</sup> Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596: «A prescindere dall'argomento logico costituito dal fatto che, ad altri fini, il Legislatore ha considerato separatamente gli effetti di atti di disposizione di beni futuri e di beni altrui (art. 1472 cod. civ. e artt. 1478 segg. cod. civ.), occorre considerare che l'art. 771, primo comma, cod. civ., espressamente stabilisce che se la donazione 'comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati'. Appare evidente, dalla formulazione di tale norma, il riferimento del divieto ai soli beni non ancora esistenti in *rerum natura*».

<sup>438</sup> Cfr. F. RINALDI, *La donazione di bene altrui tra nullità ed inefficacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 683 ss.

Le SS.UU.<sup>439</sup>, seguendo un diverso ed innovativo percorso argomentativo, stabiliscono, come anticipato, che la donazione di cosa altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dell'art. 771 cod. civ., per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione: l'esistenza della cosa incide infatti nell'attitudine del negozio a produrre l'effetto cui sarebbe destinato, in quanto non si produce l'effetto reale fintanto che la *res* non venga ad esistenza. In questa prospettiva appare chiaro, dunque, che possa dirsi consolidata l'opinione che nel concetto di *futuritas* racchiude i beni non sono ancora venuti in essere, restando invece discusso relativo ai beni che esistono, ma non sono disponibili nel patrimonio del donante.

Nelle fonti – è solo il caso di anticiparlo – la specificità del bene si concretizzava nel requisito della corporeità del bene stesso, nonostante nelle fonti si sia pervenuti a dare al concetto di *res* una più ampia estensione, distinguendo tra *res corporales* – *quae tangi possunt* – e *res incorporales* – *quae tangi non possunt, qualia sunt in iure consistunt*<sup>440</sup>: la distinzione risultava avere profonde ricadute poiché sulla base di essa infatti risulta esauriente la tripartizione istituzionale gaiana del *ius* in *personae*, *res* e *actiones*, facendo rientrare nella parte dedicata alle *res* la trattazione, oltretutto della proprietà – identificata con la *res* che ne è oggetto – pure nei diritti reali limitati, dell'eredità e delle obbligazioni, considerate tutte *res incorporales*<sup>441</sup>.

Tuttavia è proprio all'interno delle fonti di epoca classica che troviamo questa precipua autonomia ed unitarietà del bene singolarmente concepito, quale centro autonomo di rapporti giuridici: se ci soffermiamo al concetto di contitolarità *pro quota* di singole situazioni giuridiche in comunione, la tradizione romanistica segue

---

<sup>439</sup> Cass. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5068, «Il Collegio ritiene che alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 cod. civ., per la donazione di beni futuri, ma per la mancanza della causa del negozio di donazione».

<sup>440</sup> Cfr. Gai 2.12-14: «*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoque modo contractae*».

<sup>441</sup> Cfr. S. DI MARZO, *Res immobiles*, in *BIDR*, X-XIII, 1948, 223 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, *passim*; ID, *Res incorporalis quale fondamento culturale del diritto romano*, in *Labeo*, XLV, 1999, 98 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini ma non congruenti*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2012, 1 ss.



tendenzialmente una concezione c.d. atomistica, considerando la contitolarità quale somma delle contitolarità *pro quota* delle singole situazioni giuridiche costituenti il patrimonio ereditario comune.

Con ciò si vuole arrivare a dire che la contitolarità si sviluppa non sul patrimonio (*universum ius*), ma su ciascuno dei beni, autonomamente e separatamente da ogni altro<sup>442</sup>. Così qualificato ed individuato il concetto di bene – da un punto di vista tecnico-giuridico – è possibile procedere con il successivo elemento da sottoporre all'analisi: l'inerenza del diritto al bene.

Infatti, si pone tuttavia un problema quando ad esempio, ardue comproprietari – titolari della quota di un mezzo ciascuno su di un fondo – acquistino quello contiguo per una quota diversa: il dubbio che potrebbe sorgere è che i due beni non rimangano distinti e formino un unico cespite in senso oggettivo in cui le parti ideali spettanti a ciascun partecipante si trasformano in una diversa quota astratta, risultante dalla compensazione fra la vecchia quota e quella di acquisto del nuovo fondo<sup>443</sup>. Risulta dunque fondamentale verificare se i due immobili contigui possano essere considerati due beni distinti in virtù della autonomia propria di ogni situazione giuridica ossia dell'individualità di ciascun rapporto giuridico<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961. Secondo l'Autore, i beni non perdono la propria autonomia giuridica laddove dovessero ricadere in un regime di comunione, dunque ciascuna cosa comune è suscettibile di autonome vicende giuridiche.

<sup>443</sup> Esempio tratto da I. MANZONI, *Imposta di registro e divisione dei beni comuni provenienti da titoli diversi*, in *Giur.it.*, 1960, I, 812.

<sup>444</sup> Cfr. R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, 14. «All'opposto, qualora due fondi o in generale due immobili, ancorché contigui, appartengano a titolari diversi, si è sempre di fronte a due beni distinti in senso tecnico-giuridico. Una simile lettura vale anche nel caso in cui le due cose appartengano in comproprietà a più soggetti e vi sia solo una parziale coincidenza tra i contitolari delle diverse comunioni»; Cfr. A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 2016: «Accertare l'individualità di un bene immobile significa anche decidere se si sia in presenza, nei casi concreti, di un bene immobile unico ovvero di una pluralità di beni immobili autonomi. Non si tratta di un esercizio meramente teorico, in quanto la disposizione ha importanti risvolti applicativi. (...) E' utile stabilire quali elementi determinino l'unità e l'individualità di un bene». Inoltre si afferma che l'individuazione non attiene alla «cosa», bensì al «bene» immobile cui si riferisce, e si riferisce quindi non tanto e non solo all'entità naturale costituita da una porzione di suolo terrestre, quanto ad un particolare bene giuridico che in connessione a tale cosa viene ad esistenza, alla luce di un interesse giuridicamente rilevante che lo caratterizza.

In via generale, un immobile può mantenere una propria individualità giuridica nonostante confini con un altro appartenente al medesimo proprietario<sup>445</sup>; tali beni, quindi, pur se di proprietà di un unico individuo, sono distinti ed autonomi, anche se nel nostro Codice Civile manca una definizione precisa e chiara di «parte di un bene immobile» od «unità di immobile»<sup>446</sup>.

In forza di quanto appena detto, è possibile quindi affermare che il bene immobile, individualmente ed autonomamente concepito, possa essere l'oggetto di un potere – o di un diritto soggettivo che concepisce unicamente quel bene – da parte di un soggetto. Con riguardo al diritto in particolare si può parlare di 'inerenza del diritto al bene': il profilo allude a quei diritti che attribuiscono un potere collegato ad un cespite determinato, sicché è possibile affermare che l'individuazione di un bene comporta anche individuare il diritto assoluto ad esso legato.

Il diritto di cui si parla è il diritto di proprietà o altro diritto reale<sup>447</sup>: il carattere dell'inerenza, inteso come quel collegamento con la cosa che fa sì che il diritto circoli con il bene divenendone una qualità intrinseca, fa sì che all'individuazione di un nuovo bene si colleghi l'acquisto di un diritto reale sul medesimo<sup>448</sup>.

---

<sup>445</sup> Basti guardare la norma dell'art. 1062, comma 2, cod. civ., «Destinazione del padre di famiglia», il quale dispone che se i due fondi cessano di appartenere allo stesso proprietario senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa si intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati; i beni, pur essendo di proprietà di un solo individuo, rimangono distinti ed autonomi.

<sup>446</sup> L'interprete di trova privo di una di strumenti normativi volti ad individuare una situazione giuridica soggettiva, relativamente ad un immobile. Contrariamente, nel BGB troviamo questo assunto nel §890: «(1) Mehrere Grundstücke können dadurch zu einem Grundstück vereinigt werden, dass der Eigentümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen lässt. (2) Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden, dass der Eigentümer es diesem im Grundbuch zuschreiben lässt.». Nel codice civile tedesco infatti, un bene immobile – come un fondo – può essere unito / diviso laddove venga iscritto nel cd. *Grundbuch*, il registro fondiario. Il solo fatto che i fondi, pur rientrando in un unico diritto di proprietà, se sono iscritti in due diversi fogli di questo registro, assurgono a particelle l'una a sé stante dall'altra.

<sup>447</sup> Così M. COMPARTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 174: «solo nel diritto reale si rinviene la peculiarità di un intimo collegamento fra vicende del diritto e vicende sulla cosa, collegamento che non potrebbe essere spiegato senza tener conto dell'inerenza fra il diritto e la cosa».

<sup>448</sup> Cfr. R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, 27.

Con riferimento quindi alla cessione – e disponibilità – della quota, resta fermo quanto dottrina maggioritaria e giurisprudenza affermano: ritengono di negare la possibilità che il soggetto coerede disponga, con effetti reali immediati, della quota di contitolarità sul singolo cespite facente parte di un più ampio compendio ereditario.

Due ipotesi ricostruttive si confrontano: da un lato, la tesi del negozio di cessione della quotina a cui è apposta una condizione sospensiva avente ad oggetto l'assegnazione del bene in sede di divisione; è la c.d. alienazione all'esito divisionale nella quale la quota si configura come bene eventualmente altrui.

Dall'altro lato, la tesi della vendita di cosa altrui dalla quale sorge l'obbligo in capo all'alienante di procurare l'acquisto della quota a favore del cessionario, sia in sede di assegnazione, sia quando questa si sia conclusa per il tramite di un successivo contratto di acquisto.

La questione è oltremodo complessa: ciò che interessa in questa sede evidenziare, a prescindere dalle molteplici diramazioni che il solo tema della donazione di cosa altrui implicherebbe, è la possibilità di ritenere valida la donazione obbligatoria di un bene altrui, quale ipotesi fisiologica nella quale l'altruità del bene nota al donante e resa manifesta al donatario, non inficia la fattispecie negoziale.

Per cui, recuperando le fila con riguardo alla vendita del possesso, la disposizione negoziale – per il tramite di un contratto a effetti obbligatori – di una situazione possessoria pare ritenersi possibile estendendo l'orientamento giurisprudenziale che appunto ritiene valida la donazione di cosa altrui nei termini appena esposti. Ancora, sullo sfondo, pare emergere una considerazione che travalica i confini sia della donazione di cosa altrui, sia della vendita del possesso: l'area che abbiamo definito del disponibile – ovvero del ciò di cui i privati possono disporre – pare oggi debba essere rivista.

Sicuramente non può limitarsi alla categoria del diritto soggettivo; non pare azzardato richiamare un concetto più ampio quale è quello di attribuzione patrimoniale per ritenere che tutto ciò che consta di un autonomo valore patrimoniale è idoneo a circolare nelle forme previste dall'ordinamento, in una dimensione volta a riconoscere nell'autonomia delle parti un principio denso di significato, il solo forse, idoneo ad adattare il diritto alla – sempre più complessa – realtà.

## CAPITOLO III

### L'ANALISI DIACRONICA DEL PROBLEMA. LA 'PERCORRIBILITÀ' DI UN'IDEA NELLE FONTI CLASSICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'individuazione del tema. – 3. Il profilo dell'acquisto del possesso. – 4. La successione nel possesso. – 5. Le contrapposte teorie 'ortodossa' ed 'eterodossa'. – 6. Le differenti situazioni possessorie. – 7. Una lettura differente. – 8. Lo strumento del raccordo diacronico: il negozio giuridico. – 9. Il percorso ricostruttivo di un'idea. – 10. *Mancipatio: actio auctoritatis* e trasferimento del possesso garantito. – 11. Differenze tra derivatività dell'acquisto e costituzione di un nuovo possesso. – 12. La *traditio* e il trasferimento della *vacua possessio*. – 13. L'acquisto derivativo del possesso tramite *emptio venditio*. – 14. Il venditore e la principale obbligazione di *possessionem tradere*. – 15. Il venditore e l'obbligazione di *praestare rem*. – 16. *Tradere possessionem* ed *exceptio rei venditae et traditae*. – 17. L'area tematica della compravendita: il risvolto processuale e la *iusta causa traditionis*. – 18. La vendita di cosa propria e la rilevanza 'causale' del consenso. – 19. Il venditore e l'*ob evictionem se obligare*. – 20. *De acquirenda vel amittenda possessione* e *De usurpationibus et usucapionibus, pro emptore*. – 21. L'area tematica del possesso: l'apporto della giurisprudenza classica. – 22. La *possessio* quale situazione di diritto come un'opinione non isolata.

#### 1. Introduzione.

Sulla base di quanto è emerso dall'indagine sino a qui condotta, può dirsi che il problema relativo alla circolazione negoziale del possesso ha riscontrato soluzioni differenti nel panorama giuridico dell'oggi.

In sintesi, sebbene si sia evidenziata una profonda ritrosia nel ritenere ammissibile tale fenomeno da parte di dottrina maggioritaria e giurisprudenza

pressoché dominante, si è giunti a configurare l'operazione economico-giuridica di vendita del possesso per il tramite di un contratto atipico di 'cessione' dello stesso<sup>449</sup>.

Il necessario corollario è considerare valido ed efficace tale contratto atipico – in quanto volto a perseguire un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. – al quale risulta possibile applicare la disciplina del 'tipo contrattuale vendita', quale 'tipo' più vicino alla fattispecie in esame<sup>450</sup>.

Per rimanere fedeli alla premessa iniziale, soprattutto per quanto concerne il metodo prescelto, occorre ora indagare il problema all'interno del diritto privato romano, nella consapevolezza di non poter dubitare dell'utilità di uno studio di tal genere: «quando i secoli passano, ed una scienza continua a coltivarci con impegno e da molti, è impossibile, che almen qualche punto di essa non acquisti qualche nuovo raggio di luce»<sup>451</sup>; ed è proprio in questo 'spazio di luce' – del quale si aveva consapevolezza già nell'800 – che si vuole cercare di rinvenire un'argomentazione percorribile anche nell'oggi<sup>452</sup>.

Emerge la necessità di 'saggiare' la praticabilità della circolazione convenzionale del possesso attraverso un confronto con la quasi silente dogmatica di riferimento, in

---

<sup>449</sup> Cfr. le conclusioni cui si è giunti nel capitolo precedente, § 20.

<sup>450</sup> Cfr. Cap. II, § 19.

<sup>451</sup> Cfr. I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871, 17.

<sup>452</sup> Questo è il valore aggiunto di un'analisi storica evidenziato già da P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 1: «la storia del diritto, accanto allo scopo di descrivere il processo storico al quale vanno soggetti gli istituti giuridici, ha pur quello di rivelare la formazione e la contingenza delle costruzioni dottrinali, che la dogmatica tende a considerare come concetti e tipi assoluti e immutabili». In generale sull'utilità dell'indagine storica in una dimensione europea si v. A. SCHIAVONE, 'Ius'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, *passim*; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 1 ss.; ID, *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 45 ss.; C. PELLOSO, *The concept of 'bargain' and the (un-)bridgeable gulf between Common Law and Civil Law. Some historical observations on the Europeanization of the Law of Contract*, in RGDR, XIX, 2012, 1 ss.; T. DALLA MASSARA, *Roman Legal Tradition as an Identity-Factor towards a New Europe: Five Pillars for the Future?*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno Internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, a cura di L. Garofalo - L. Zhang, Pisa, 2017, 147 ss.

quanto il dialogo tra il presente e il passato coinvolge inevitabilmente anche le categorie giuridiche<sup>453</sup>.

Si tratterà quindi di verificare le fonti che affrontano il problema, senza alcuna pretesa, circa gli esiti, di esaustività ovvero di definitività: già nella risalente dottrina tedesca infatti si è evidenziato l'imbarazzo – *verlassen wir aber diesen schwankenden Boden* – di coloro i quali si sono cimentati in tale ricerca<sup>454</sup>.

In particolare, ci si è resi convinti che le fattispecie nelle quali è possibile ricostruire un trasferimento negoziale del possesso sono disseminate all'interno del vastissimo panorama delle fonti, per cui si renderà necessaria una scelta di campo al fine di fare emergere il modello di circolazione traslativa descritto con riguardo al diritto civile vigente.

## 2. L'individuazione del tema.

Occorre dire che quando l'attenzione si concentra sul fenomeno dell'acquisto derivativo del possesso declinato nel passato, in particolare con specifico riguardo alle fonti classiche, è necessario circoscrivere il perimetro dell'indagine per il tramite di qualche considerazione iniziale.

Innanzitutto, la specifica questione 'vendita del possesso' non era conosciuta dai giuristi romani nei termini in cui oggi risulta affrontata: rinvenire *tout court* nelle fonti la

---

<sup>453</sup> M. BREONE, *Fra storia sociale e storia giuridica*, in *Rechtshistorisches Journal*, 1989, VIII, 51. Di recente, sulle categorie civilistiche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*; F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1 ss.; L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 25 ss.; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.

<sup>454</sup> Il riferimento va a A. BRINZ, *Possessionis traditio*, in *Jahrbuch de gemeinen deutschen Rechts*, 1859, 16 ss, in specie 45.

fattispecie negoziale di trasferimento di cosa – il possesso della cosa<sup>455</sup> – verso il corrispettivo di un prezzo non è operazione agevole<sup>456</sup>.

In secondo luogo – per quanto risulta in questa sede verificato – il possesso non risulta essere qualificato né sotto un profilo dogmatico per quanto riguarda la sua natura, né con riferimento alle forme della sua circolazione<sup>457</sup>: le differenti impostazioni di trattazione della materia possessoria riguardano questioni dettagliate, fattispecie singole, poiché l'obiettivo della giurisprudenza classica era quello di offrire una soluzione al caso di specie<sup>458</sup>; quindi, se affrontata in questi termini, una comparazione risulterebbe difficile da concepire.

---

<sup>455</sup> Nelle fonti l'oggetto del possesso, quindi la *res*, e il possesso medesimo si confondevano dal punto di vista terminologico. Cfr. B. BIONDI, voce *Cosa (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1964, 1006 s.; G. ASTUTI, voce *Cosa (in senso giuridico)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 1 ss.; M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 3 ss., in specie 43 ss. Si vuole brevemente fare riferimento all'etimologia della parola *possessio* che richiama l'istituto dell'*ager publicus*. Cfr. in particolare l'analisi svolta da B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, cit., *passim*.

<sup>456</sup> Il riferimento più intuitivo al contratto di *emptio venditio* dovrà essere specificato. Cfr. L. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, 284: «i diversi elementi in cui si compone l'obbligazione del venditore, che sono tutti in rapporto di sinallagmaticità funzionale rispetto all'obbligazione del compratore di trasferire il prezzo, vengono in considerazione in modo internamente complementare, che si esprime appunto nell'obbligazione unitaria di tenere tutti i comportamenti necessari a procurare e ad assicurare la piena disponibilità della *res*».

<sup>457</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 452 ss., in specie 452 secondo cui la «nozione che si ricollega a differenti matrici risalenti all'età arcaica, non è pervenuta a unitaria e ben delineata individuazione nemmeno nel pensiero della giurisprudenza classica, salvo ulteriormente subire in età postclassica un notevole offuscamento, specie per quanto concerne la sua contrapposizione al concetto di situazione di diritto, in particolare di proprietà, riconosciuta ad un soggetto dall'ordinamento giuridico, per poi risultare, nell'ambito del diritto giustiniano, che pur tiene conto delle innovazioni postclassiche, sostanzialmente riportata alla concezione classica che contrappone possesso a proprietà». Ancora, C. FADDA, *Il possesso. Lezioni*, Napoli, 1911, 5 ss., C.A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 323 ss.; G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 79 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso nella plurisecolare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico*, in *Sillage. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998.

<sup>458</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI - E. BETTI, *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, New Press, 1997. In particolare, «le difficoltà della teoria possessoria hanno certamente una ragione storica. Non però, a nostro avviso nel senso degli autori che ritengono uno sviluppo dottrinale, per il quale una nozione più ristretta e definita del possesso si sarebbe sostituita ad una nozione più larga e indefinita, bensì nel senso più ovvio che bisogna collocarsi in un ambiente economico sociale diverso dal nostro e restituire

Il rischio opposto però – da evitare – è quello di ‘banalizzare’ lo studio del problema poiché, come vedremo<sup>459</sup>, il contratto di compravendita romana importa tra le obbligazioni del venditore – secondo la ricostruzione che può dirsi ancora oggi dominante – l’obbligo di *possessionem tradere*. In altri termini, il rischio è quello di semplificare il problema giuridico, ridurlo alla prospettazione di quanto in termini evidenti risulta identificabile *prima facie* con il contratto obbligatorio di vendita, rinvenendo nella struttura dell’*emptio venditio* – quindi nel consenso delle parti senza alcuna specificazione ulteriore – l’effetto, in concreto, di cessione del mero possesso.

Si riproduce la medesima avvertenza metodologica che caratterizza l’analisi della vendita del possesso con riguardo al diritto positivo, nel quale la questione è stata soprattutto analizzata all’interno di studi inerenti il possesso – in generale – ovvero il contratto di compravendita, senza delineare specificamente i suoi contorni che potrebbero travalicare i confini delle tematiche in oggetto.

In terzo luogo, con specifico riferimento all’oggetto della cessione – il possesso – occorre dire che per i Romani si trattava di un concetto inidoneo a identificarsi in un’unica realtà, ma comprendente al suo interno diverse ‘tipologie’<sup>460</sup>. Burdese rende magistralmente la complessità del fenomeno possessorio: «nel corso dell’evoluzione storica del diritto romano si è venuta delineando una nozione tecnica di possesso resa di massima col termine *possessio*, ed essenzialmente indicativa di una situazione di

---

all’istituto il suo significato genuino nella vita e nella lingua di Roma. La molla fondamentale delle nostre indagini è sempre che la storia si deve anzitutto divinare dall’organismo stesso delle istituzioni, spogliandole delle alterazioni più recenti, spogliando noi stessi dei preconetti odierni. È chiaro come non sia questo un procedimento metafisico, aprioristico, bensì naturalistico e positivo, perché ha per base lo studio della reale struttura dell’istituto condotto con spirito critico. (...) ora che il pensiero dei Romani, in ordine al possesso, sia stato universalmente frainteso e in parte anche dallo stesso Savigny, che è pur sempre, a nostro avviso, colui che ha recato maggior luce sull’argomento, lo manifestano i due punti di vista contraddittorii in uso presso i moderni e il modo di intendere le parole; campi in cui gli assurdi e gli errori hanno messo così salde radici che tutti le ripetevano sino alla mia reazione (che ha convinto almeno i miei valorosi discepoli, il compianto Rotondi e l’Albertario) con una regolarità strana, reputando sinceramente di parlare e pensare con le fonti romane», P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 177.

<sup>459</sup> Cfr. *infra*, § 13.

<sup>460</sup> Cfr. *infra*, § 6. V. B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit.



disponibilità di fatto in cui si trova un soggetto in ordine ad una cosa, con diversa rilevanza giuridica»<sup>461</sup>.

In altre parole, quando si fa riferimento ad una o più differenti situazioni possessorie si individua «un prisma che scompone l'appartenenza in relazione all'angolo di riferimento»<sup>462</sup>.

Anche per quanto concerne i suoi elementi costitutivi, si vedrà non esserci uniformità di vedute<sup>463</sup>: se, oggi, l'opinione dominante configura il possesso come somma di due elementi, uno materiale – il *corpus* – e uno psicologico – l'*animus* –, per i Romani non è sempre stato così.

La configurazione del possesso varia a seconda dell'impostazione che si sceglie di adottare, e ovviamente, in relazione al periodo storico di riferimento; la difficoltà legata all'aspetto terminologico importa profonde ricadute sul piano concettuale: nelle fonti non vi era infatti un'interpretazione unanime sul secondo requisito dell'*animus possidendi*<sup>464</sup>.

Anche il primo elemento costitutivo, la *possessio corpore* – meno discusso rispetto alla storia che caratterizza l'elemento soggettivo – non era interpretato da tutti allo

---

<sup>461</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 452.

<sup>462</sup> In questo senso S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 278. Cfr. inoltre A. BURDESE, *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro applicazioni politiche tra IV e III secolo a.C.*, in *BIDR*, XXVII, 1985, 39 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010; O. LICANDRO, *Appartenenza e alienazione*, in *Index*, XXXIX, 2011, 480 ss.

<sup>463</sup> Cfr. *infra*, § 5.

<sup>464</sup> Da ultimo cfr. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017; v. anche P. BONFANTE, *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*, in *Scritti giuridici vari*, a cura di P. Bonfante, III, Torino, 1921, 527 ss, nonché G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, in *BIDR*, 1921, 8 ss; I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, *passim*, in specie 223 ss. Sulla valenza dell'*animus* cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, in *BIDR*, XXX, 1921, 1 ss.; ID, *Studii varii di diritto romano e attuale*, Milano, 1922, 94 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Animus*, in *Enc dir.*, II, Milano, 1958, 437 ss; E. BETTI, voce *Animus*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 632 s.; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, *passim*; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 32 ss. Da ultimo, E. CARBONE, *Animus. Elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti*, Napoli, 2010, 3 ss.

stesso modo: in breve, si può contrapporre alla definizione di Savigny ‘la fisica possibilità di agire direttamente sulla cosa e di escludere ogni azione altrui su di essa’, quella del Bonfante «qualunque relazione di fatto che nell’economia e nella coscienza sociale permette di agire quando si voglia sulla cosa ad esclusione di ogni altro»<sup>465</sup>.

La difficoltà nel portare a termine un’esaustiva analisi linguistica non è ovviamente propria del solo fenomeno possessorio; tuttavia, il grado di complessità sul tema è forse maggiore poiché «come tutte le nozioni rimesse alla coscienza sociale anche il concetto (...)»<sup>466</sup> – come quello di possesso in termini di situazione di fatto<sup>467</sup> – «sembra una *petitio principii*. Ma in realtà ciò deriva dal fatto che non si può dare una nozione concreta e precisa di ciò che non ha una misura immanente e costante»<sup>468</sup>.

Questa considerazione è ancor più pregnante con riguardo all’analisi diacronica del tema. È doveroso infatti tenere a mente il fatto che il fenomeno possessorio subisce profonde alterazioni – circoscrivendo l’analisi al passato – nel nuovo diritto giustiniano<sup>469</sup> e nel diritto comune: non è possibile in questa sede ripercorrere lo

---

<sup>465</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, 225. Secondo l’A. infatti «questa definizione introduce nella nozione della *possessio corpore* un elemento variabile da popolo a popolo, da epoca a epoca; ma mentre la ricerca di un concetto assoluto urta contro l’irriducibile divergenza della coscienza economica nei vari momenti storici, si smarrisce nelle contraddizioni delle fonti stesse, emananti da epoche diverse, il nostro concetto ci permette di indirizzarci nella ricerca, stabilir le fasi della evoluzione economica e spirituale, e fissare in modo plausibile i risultati ultimi della legislazione giustiniana».

<sup>466</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 226.

<sup>467</sup> Cfr. Proc. 2 *epist.* D. 41.1.55: *Summen tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*, secondo quella che vedremo essere l’interpretazione dominante anche nelle fonti di diritto romano.

<sup>468</sup> In questo senso P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 226.

<sup>469</sup> Cfr. G. DIURNI, voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, 58, il quale precisa che «Giustiniano ridefinisce completamente la disciplina giuridica del possesso sia nei suoi elementi formali, sia soprattutto negli aspetti concretamente rilevanti di tutela della effettiva relazione che si instaura tra la persona e una cosa. Essa si presenta completamente svincolata e non è in alcun modo condizionata dal titolo di appartenenza della cosa. In tal senso il possesso viene distinto in modo preciso e prescinde in linea d’ipotesi dal diritto di proprietà e non può essere confuso con gli *iura in re* (...). Sussiste, poi, un vero e proprio regime processuale binario, costituito dalle *actiones* e dagli *interdicta* che si esplicita in distinte forme dotate ciascuna di una sua precipua cogenza e rilevanza: le *actiones* per il petitorio tutelano il soggetto da attentati effettuati sulla cosa o contro la cosa, di cui l’agente assume essere il titolare. In tal modo si tende a tutelare a favore del soggetto leso una situazione giuridica e a ristabilire una relazione con la cosa, che sono state ingiustamente e arbitrariamente violate.

sviluppo storico-concettuale in relazione ad epoche così diverse, ma il fatto che la nozione di possesso subisca profonde rivisitazioni nel corso dell'evoluzione storica è sicuramente sintomo della complessità che la caratterizza, complessità che emerge anche nelle trattazioni moderne di esso<sup>470</sup>.

In relazione al profilo inerente all'acquisto – quindi nello studio dinamico e non statico della materia – il 'livello di complessità' aumenta poiché esso si intreccia con ulteriori profili ancor più delicati che – per utilizzare le categorie dogmatiche dell'oggi – attengono, in termini generali, al trasferimento della proprietà, al contratto di compravendita, al negozio dispositivo, al profilo della consegna, alla categoria dell'acquisto derivativo e in generale al fenomeno della successione *inter vivos*<sup>471</sup>.

Nell'indagine sulla disposizione negoziale del possesso i due poli linguistico-concettuali di riferimento costituiti dal lemma 'consenso' da un lato e 'possesso' dall'altro individuano una relazione complessa: non sussiste «una perfetta corrispondenza, nella materia in esame, tra la struttura e gli schemi del nostro attuale linguaggio tecnico e quelli della lingua giuridica latina nell'epoca classica e giustiniana (ed un identico rapporto tra le due lingue – e in quella latina nell'epoca classica e giustiniana – tra concetti e relativi mezzi di espressione)»<sup>472</sup>, per cui non risulta corretto utilizzare «i nostri moderni schemi linguistici e concettuali per la valutazione degli elementi specifici tramandatici dalle fonti circa l'esperienza giuridica romana»<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> Cfr. G. DIURNI, voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, cit., 59: «d'altra parte neppure il sistema del diritto comune riesce a calare nella prassi frammentata e incerta una disciplina coerente delle situazioni possessorie, in parte soffocata e in parte confusa con le diverse forme di dominio e alcune volte dimenticata per legittimare posizioni di sopruso, giustificate o meno da signorie di fatto e di diritto. Non mancano per altro dei tentativi di razionalizzazione del sistema per uscire da formalismi e particolarismi esasperati. Perché il possesso riassuma una sua precisa e utile, almeno in parte, collocazione è necessario attendere la codificazione. Ritorrerà così attuale l'impropria gerarchia, che colloca le situazioni possessorie, anche sotto il profilo concettuale, tra la proprietà e la detenzione, con tutti i limiti e le conseguenze che tale gabbia comporta».

<sup>471</sup> Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Varese, 1977. Ricostruita l'evoluzione linguistica-concettuale, si ottiene la storia dell'istituto, quindi la possibilità di cogliere la continuità che caratterizza l'idea del possesso, sicuramente tra le più antiche nel panorama giuridico, nozione essenziale all'interno della categoria dei diritti reali, pur non identificandosi con nessuno di essi.

<sup>472</sup> Cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955, 47.

<sup>473</sup> Cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 47.

Ciò che preme sottolineare è che si è scelto l'ambito di applicazione del fenomeno possessorio per dare rilevanza – nuova rilevanza – alla categoria del negozio giuridico o meglio, più in generale, alla manifestazione della volontà.

Senza voler riproporre argomentazioni di 'neo-pandettismo' volte a rendere ancora attuale il diritto romano<sup>474</sup> – infatti proprio il riutilizzo attuale della storia costituisce un indizio del disinteresse per la ricostruzione fedele del passato<sup>475</sup> – si vuole ricorrere all'indagine storica per verificare la presenza di strutture – nel nostro caso quella del *negotium* – ancora valide per leggere il fenomeno giuridico oggi e nel passato.

In una dimensione volta a valorizzare l'autonomia del singolo – focalizzando l'attenzione al negozio giuridico è proprio il requisito della volontà a venire in rilievo – il possesso riveste infatti il ruolo di elemento di raccordo tra il profilo della manifestazione della volontà (che anche oggi si estrinseca al meglio nello strumento contrattuale) e quello delle forme di appartenenza; costituisce, in altre parole, il punto di congiunzione ideale nel rapporto uomo-*res*, in una dimensione di perfetta linearità tra il passato e il presente.

Risulta quindi imprescindibile guardare al possesso nel suo insieme, al fine di cogliere la sua natura giuridica e, conseguentemente, la relativa disciplina, ripercorrendo un percorso decostruttivo di un'idea che ancora oggi è dominante, ovvero che il possesso sia una situazione di fatto.

Questi i contorni della questione che si tenterà ora di approfondire: in primo luogo, delineando i contorni dell'istituto del possesso, con peculiare attenzione allo scontro – ancora oggi esistente – tra la c.d. teoria 'ortodossa' e quella 'eterodossa' sugli elementi costitutivi dello stesso<sup>476</sup>; in secondo luogo, con riguardo alle tracce nelle fonti di un trasferimento negoziale del possesso.

---

<sup>474</sup> Cfr. C. A. CANNATA, *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderna*, 3, Napoli, 1997, 47 ss., nonché P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 183 ss.

<sup>475</sup> Cfr. A. SOMMA, *Roma madre delle leggi. L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 2002, 153 ss.

<sup>476</sup> Cfr. da ultimo, P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., *passim*.

### 3. Il profilo dell'acquisto del possesso.

In via di prima approssimazione, nell'ordinamento giuridico romano le problematiche sottese al regime relativo alla circolazione del possesso sono affrontate dalla giurisprudenza classica facendo riferimento a due aspetti che evidenziano la prospettiva soggettivistica<sup>477</sup>: da un lato, «al soggetto titolare in proprio di situazione possessoria giuridicamente rilevante, ai fini dell'acquisto per *occupatio*, *traditio* o *usucapio*»<sup>478</sup>; dall'altro lato, a quello «della tutela interdittale»<sup>479</sup>.

Inoltre, «la nozione di possesso si andò stagliando con progressiva chiarezza, nelle concezioni dei Romani, attraverso lo studio delle clausole edittali relative alla tutela offerta dai magistrati ai possessori vittime di turbative o spogli»<sup>480</sup>.

Si coglie sin da subito che il panorama di riferimento per comprendere il solo profilo dell'acquisto del possesso chiama in gioco molti istituti e concetti che, in prima battuta, intrecciano la materia possessoria con il diritto di proprietà<sup>481</sup> e, in generale, con le forme di appartenenza. In particolare, emerge il forte legame con il profilo

---

<sup>477</sup> V. *supra*, Cap. II, § 6.

<sup>478</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 453 ss.

<sup>479</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 453. Vedi inoltre G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, I-II, 1934-1935, 469 ss.; P. LAMBRINI, *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, XXVII, 1999, 317 ss.;

<sup>480</sup> V. A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 407 ss: Gaio, all'interno delle sue Istituzioni, distingue la tutela del possesso mediante interdetti a seconda che essa fosse mirata alla «conservazione (*interdicta retinendae possessionis*: interdetti alla conservazione del possesso), o al recupero (*interdicta recuperandae possessionis*: interdetti volti al recupero del possesso), o al conseguimento *ex novo* del possesso (*interdicta adipiscendae possessionis*: interdetti volti a ottenere il possesso)».

<sup>481</sup> In termini generali si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 201 ss. Ancora, ID., *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 185 ss. A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. 'Interpretatio iuris'*, Bari, 1972, 26 ss. più di recente, B. BISCOTTI, *Ancora sulla proprietà in diritto romano. Spunti esegetici*, in *Index*, XXXVI, 2008, 185 ss.

processuale, sia con riguardo agli strumenti predisposti *ad hoc* per la tutela del possesso, sia con riguardo all'operare dell'*actio empti* in funzione di garanzia per l'evizione<sup>482</sup>.

Sul presupposto della difficoltà di ricavare una tipologia precisa di situazioni di acquisto del possesso<sup>483</sup>, il riferimento alle fonti evidenzia la tradizionale distinzione, già accennata, tra acquisto a titolo originario (*occupatio*) e a titolo derivativo (*traditio*). Sebbene si tratti di una classificazione avente carattere prettamente descrittivo, è funzionale all'obiettivo di evidenziare le peculiarità della fattispecie di acquisto del possesso c.d. derivativo, rilevante sul terreno del *ius civile*, tramite il passaggio della cosa dal precedente possessore.

La fattispecie che si qui prospetta differisce dalle ipotesi di instaurazione materiale-unilaterale della relazione possessoria (tramite l'impossessamento realizzato autonomamente da colui che diviene possessore) da un lato, e di instaurazione della relazione possessoria a seguito della consegna dell'oggetto da un soggetto dante causa ad uno avente causa dall'altro, come si verifica nel caso della sola *traditio*, laddove ci si limiti a intenderla come mera consegna.

Risulta quindi più corretto riferirsi ai diversi atti di acquisto derivativo del possesso, a partire dall'ipotesi di tradizione della cosa – nel binomio *emptio venditio-traditio* – in una prospettiva che importa necessariamente il riconoscimento della

---

<sup>482</sup> Cfr. A. WACKE, *Los presupuestos de la responsabilidad par eviccion en Derecho Romano y en Derecho Comparado*, in *Sem Compl.*, IV, 1992, 157 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, in *Sem. Compl.*, VII, 1995, 297 ss.

<sup>483</sup> Cfr. in particolare Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.1; Pomp. 32 *ad sab.* D. 41.2.33 (per quanto concerne gli immobili); Iav. 5 *ex post lab.* D. 41.2.51 (con riguardo ai beni mobili). Si veda inoltre per *occupatio* e *traditio*, Pap. 26 *quaest.* D. 43.16.18 pr: *Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuum possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quaesitum est, an emptori succurri.*

‘derivatività’ in termini di rilevanza della causa giustificativa dell’acquisto medesimo<sup>484</sup>, nonché dell’aspetto consensuale relativo alle volontà dei contraenti.

In secondo luogo, nella direzione dell’acquisto derivativo, si tratta di individuare all’interno di quali ‘circostanze’ – di quali peculiari fattispecie – possa parlarsi di disposizione negoziale di una situazione possessoria: può dirsi sin da subito che il percorso ricostruttivo riguarderà in termini generali le fattispecie di *traditio*, *mancipatio* ed *emptio venditio*, nonché, con riguardo a quest’ultima, il profilo inerente alle obbligazioni del venditore.

Infatti, è noto che la dottrina romanistica in relazione alla tematica delle alienazioni contrapponga gli atti traslativi che producono immediatamente e contestualmente l’acquisto della proprietà in capo all’acquirente ai contratti obbligatori, che sono solo funzionalmente traslativi, poichè posticipano ad un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto l’acquisto della proprietà per il compratore. Nello specifico, gli elementi di questa contrapposizione sono costituiti dalla *mancipatio*, atto traslativo per eccellenza dell’antico *ius civile*, produttivo di un acquisto immediato della proprietà in capo al *mancipio accipiens* –, cui si affinca la *traditio* in relazione alle *res nec mancipi* – e dall’*emptio-venditio*, quale contratto consensuale meramente obbligatorio, non produttivo dell’acquisto immediato della proprietà.

#### 4. La successione nel possesso.

Parlare di acquisto derivativo del possesso significa parlare di trasmissione del possesso da un soggetto ad un altro soggetto, quindi affrontare la categoria della successione nel possesso<sup>485</sup>.

Può dirsi sin da subito che il concetto di successione nel possesso è stato ritenuto estraneo al diritto romano<sup>486</sup>: in particolare, sconosciuto «nella sua ampiezza

---

<sup>484</sup> Interessante risulta il riferimento alla definizione di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, La proprietà, II, Milano, 1968, 203 s., su cui vedi oltre. Cfr. anche W.M. GORDON, *Studies in the transfer of property by traditio*, Glasgow, 1970.

<sup>485</sup> Lo stesso si è detto in un perfetto parallelismo nell’analisi ‘al presente’ del tema, nella quale la principale norma di riferimento è l’articolo 1146 cod. civ.

<sup>486</sup> Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 66.

attuale, cioè in quanto ricomprende i trapassi a titolo singolare: per questi, e nel senso in cui suol essere d'ordinario inteso cioè che il successore venga a ritrovarsi nella stessa condizione giuridica del suo predecessore, esso è non solo antiromano, ma erroneo, giacché il diritto del successore nelle cosiddette successioni a titolo singolare, anche se pienamente legittimo, ha a sua base una causa, un rapporto giuridico diverso, che ne può alterare il contenuto. Ad ogni modo, anche per quel che concerne l'unica verità che racchiude il concetto generale della successione giuridica, cioè il rapporto tra il successore e l'avente causa con la garanzia e la legittimazione del successore in base a questo rapporto, il concetto non è applicabile al possesso che non è un diritto, che non può essere legittimato in nessun modo come tale e quindi ha il carattere sempre di un acquisto originario, indipendente da qualunque rapporto con un determinato autore. Ma nemmeno il concetto veramente romano della *successio* che si ha nelle cosiddette successioni universali, in cui veramente il successore viene a trovarsi nella stessa posizione giuridica del suo predecessore investe la *possessio* vera e propria<sup>487</sup>.

Ne deriva infatti che il concetto moderno di successione non ricomprende i rapporti di mero fatto, per cui il possesso, inteso tradizionalmente in termini di situazione di fatto, può dirsi acquistato in quanto tale solo in via originaria, indipendentemente da qualunque rapporto con il dante causa<sup>488</sup>.

Diverso è invece laddove si adoperi il concetto di successione con un'accezione differente, facendo riferimento ad un subentro nel rapporto materiale<sup>489</sup>, come nel caso

---

<sup>487</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 249 s.

<sup>488</sup> A differenza di un rapporto di successione *mortis causa* nella quale, in capo all'erede – mediante l'*aditio* – si trasferiva il complesso di rapporti giuridici precedentemente in capo al *de cuius*, ma non si trasmettevano né il possesso né altri rapporti giuridici di mero fatto, i quali implicavano una «volontà perpetua, continuativa, che poteva cessare da un momento all'altro». Così P. BONFANTE, *Corso*, III, cit., 309. Per lo stesso motivo, peraltro, molti contratti cessavano con la morte: si pensi al mandato, al precario, alla *societas*, ecc., in cui non si ammetteva una continuazione tacita o presunta, e il possesso era una situazione affine, che necessitava di un 'rinnovo' da parte dell'erede. Egli doveva, infatti, compiere un'apprensione materiale della cosa. Come si evince da Iav. 1 *epist.* D. 41.2.23 pr. P. BONFANTE, *Corso*, III, cit., 311, ne trae che i momenti dell'*aditio* e dell'acquisto del possesso erano separati e non contestuali, mentre M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 616 sottolinea che per gli *heredes necessarii* il possesso si trasmetteva automaticamente senza un atto di presa del possesso.

<sup>489</sup> Nel quadro appena descritto non è mancato chi ha ipotizzato che *vacuae possessionis traditio* potesse identificare non solamente una consegna materiale, ma un contratto tendente al rilascio del possesso, e



della *successio in possessionem* che in diritto romano rappresentava una vera continuazione del possesso *ad usucapionem* tenuto dal defunto<sup>490</sup>.

Come comportarsi di fronte a questa che sembra essere a tutti gli effetti una massima volta a ribadire un principio, ovvero quello della intrasmissibilità *inter vivos* del possesso? Si tratta di conciliare una relazione – quella tra il concetto di consenso e quello di possesso – che potrebbe apparire, come già indicato<sup>491</sup>, ossimorica.

Ancora, deve aggiungersi una considerazione strettamente ricollegata al principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Infatti, «nella cosiddetta successione a titolo singolare non è possibile che il diritto del successore sia sempre uguale a quello del predecessore: il principio *nemo plus iuris in alium etc.* è principio nato per la vera *successio*, cioè quella ora detta a titolo universale, e male applicato alla falsa successione, cioè a titolo singolare. Questo concetto della successione nei trapassi a titolo singolare non fa che esprimere il vincolo tra l'autore e l'avente causa. Ora nel possesso puro e semplice questo vincolo tra l'autore e l'avente causa è insignificante. Il possesso non reclama di essere giustificato da un rapporto col predecessore, perché non reclama alcuna giustificazione. Da qualunque aspetto si consideri pertanto e in qualunque applicazione, il concetto della successione è estraneo alla materia del possesso. In tema di possesso il termine successione potrà essere adoperato bensì in un senso materiale, cronologico, per significare il subentrare nel rapporto materiale, ma non nel senso giuridico»<sup>492</sup>.

Resta quindi da chiarire se quanto appena detto è in grado di escludere definitivamente la successione nel possesso declinata in chiave di negozio di

---

per mezzo del quale il possesso trapasserebbe nell'accipiens alla stregua di un oggetto patrimoniale. Cfr. B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, cit., 532, nt. 9 s., che ripropone come «opinione straordinariamente singolare» la teoria di K. B. H. Esmarch, *Vacuae possessionis traditio*, Prag., 1873. Secondo l'impostazione qui riportata la *vacuae possessionis traditio* sarebbe stata inefficace se, per un vizio di diritto, mediante il negozio traslativo non si fosse successivamente acquistato il possesso.

<sup>490</sup> Le fonti parlano di «*possessionem*» o «*usucapionem continuare*» o «*in usucapionem succedere*», v. Pap. 22 *quaest.* D. 41.3.43; Paul. 12 *ad ed.* D. 4.6.30. Il possesso del defunto e quello dell'erede, in questo senso, apparivano precisamente come un unico possesso, una vera e propria continuità che avveniva *ipso iure*. Quest'ultimo vi 'subentrava', di conseguenza, con lo stesso titolo, gli stessi vizi, le stesse caratteristiche soggettive, con il rischio pure di venire pregiudicato.

<sup>491</sup> Cfr. *supra*, Cap. I e II.

<sup>492</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 253.

trasmissione *inter vivos*, ovvero se le fonti, a contrario, dimostrino che è anche l'elemento della volontà ad incidere sul trasferimento di una situazione possessoria.

In prima battuta però occorre capire in cosa consiste la successione nel diritto<sup>493</sup>, ovvero, in termini ancora più generali, comprendere il fenomeno della successione, posto che si tratta di una 'creazione dommatica' che, quindi, «non ha limiti tassativamente predeterminati»<sup>494</sup>.

A tal fine, in termini di teoria generale del diritto, può rimandarsi a quanto spiegato nel capitolo precedente in relazione al fenomeno di successione<sup>495</sup>. In relazione alle fonti romane, invece, tale concetto – costituendo il punto di contatto tra la situazione giuridica di appartenenza del possesso e lo schema contrattuale dell'*emptio venditio*, nella quale si esplica al meglio questa relazione – va spiegato nel suo operare.

Come noto, «si discute per diritto romano a quale epoca debba riportarsi il sorgere del concetto di trasferimento del *dominium*, ricercandosi in subordine quale altra concezione l'abbia preceduto, nonché i moventi e il processo storico che vi avrebbero dato luogo; si discutono tanto per il nostro diritto positivo che per le varie epoche del diritto romano i rispettivi confini ed i reciproci rapporti e punti di contatto tra il

---

<sup>493</sup> V. A. DE CUPIS, voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1250 ss.; R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 605 ss.

<sup>494</sup> R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, cit., 609, il quale sottolinea però che «un concetto può mantenere la sua utilità solo quando non importa un'arbitraria assimilazione di fenomeni eterogenei».

<sup>495</sup> Il riferimento va soprattutto alla tesi proposta dalla C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 153 ss., che, come visto, distingue tra successione in senso proprio e acquisto derivativo di altro tipo; in particolare, ritiene di poter parlare con riguardo al possesso di acquisto costitutivo/derivativo. Sul concetto di successione nelle fonti classiche si veda anche P. BONFANTE, *La 'successio in universum ius' e l' 'universitas'*, cit., 250 ss.; R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, cit., 1 ss.; R. AMBROSINO, *Esercitazioni di dommatica moderna sul diritto romano*, in *SDHI*, XVII, 1951, 195 ss.; B. BIONDI, *'Universitas' e 'successio'. Saggio di anticritica, di storia e dommatica romana*, cit., 17 ss.; C. GIOFFREDI, *Successio in ius*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 1 ss.; C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, cit., 127 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Acquisto, 1. Acquisto del diritto*, cit., 508 ss.; U. ROBBE, *La 'successio' e la distinzione fra 'successio in ius' e 'successio in locum'*, cit., 104 ss.; G. NICOSIA, *Le figure di successio diverse da quella ereditaria*, in *Index*, XLIII, 2015, 165 ss.; R. SIRACUSA, *La nozione di universitas in diritto romano*, Milano, 2016. Da ultimo, A. SALOMONE, *Intorno alla regula 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, cit., 1 ss.

concetto (generico e tipico) di successione e quelli di acquisto derivativo e costitutivo, e tra ognuno di essi quello di trasferimento»<sup>496</sup>.

Oggi infatti, sul presupposto del riconoscimento del possesso quale forma produttiva di appartenenza e sulla scontata, ma pur sempre vera, considerazione per cui il contratto è più che mai al centro delle relazioni di scambio – se è vero che «il limite della funzione traslativo-attributiva (di utilità) svolta dal contratto è segnato dal concetto di patrimonialità, (...), non si vede per quale motivo il possesso, essendo un'entità dotata di un valore di scambio non possa rappresentare l'oggetto di una regolamentazione posta per contratto, idonea a determinare (...) un acquisto di tipo costitutivo/derivativo»<sup>497</sup> – la categoria dell'acquisto derivativo si definisce avendo riguardo alla lato dell'*accipiens*, quindi del compratore (successore), alla cui volontà deve aggiungersi quella del venditore.

Tale categoria deve essere specificata al suo interno, potendosi estrinsecare oggi in due differenti modalità: «traslazione della medesima posizione giuridica dall'una all'altra sfera»<sup>498</sup> – con ciò intendendo un'ipotesi di successione in senso proprio –, ovvero costituzione di «una nuova posizione in capo all'acquirente, con correlativa *deminutio* della sfera giuridica del dante causa»<sup>499</sup>, che si verifica quando il momento dell'acquisto e quello della perdita della situazione giuridica, pur rimanendo due momenti distinti, sono collegati da un'unica causa ed è questa che dà forma all'atto, non il contenuto che si trasmette.

Con riguardo alle fonti classiche, può dirsi che quanto appena affermato trova due percorsi di sviluppo: da un lato, il riferimento va alle forme di alienazione a partire dalla *mancipatio*; dall'altro lato, supporterà l'analisi con riguardo all'istituto precipuo del possesso. Sullo sfondo bisogna tenere sempre a mente il *fil rouge* che deve condurre la nostra indagine: ad essere rilevante è una disposizione negoziale del possesso, quindi un trasferimento di esso sulla base della volontà delle parti coinvolte.

---

<sup>496</sup> F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 12 s.

<sup>497</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 155.

<sup>498</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 158, in specie nt. 10.

<sup>499</sup> Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, cit., 158, in cui si evidenzia che il nesso di derivazione dell'acquisto e legittimazione del dante causa si rivelano nozioni tra loro ben distinte.

## 5. Le contrapposte teorie ‘ortodossa’ ed ‘etorodossa’.

Risulta opportuno ricostruire, seppure brevemente, lo stato dell’arte con riguardo alla configurazione del possesso in epoca classica.

Può dirsi sin da subito che la maggior parte dei frammenti relativi all’acquisto del possesso – e al differente modo di operare di *corpus* e *animus* che supportano le due contrapposte teorie ortodossa ed etorodossa – sono infatti in materia di compravendita.

Superando il rischio di ‘banalizzare’ la questione (come già chiarito<sup>500</sup>), risulta doveroso ripercorrere l’evoluzione che ha portato la dottrina maggioritaria all’affermazione della c.d. teoria ‘ortodossa’ che interpreta *corpus* e *animus* come elementi costitutivi del possesso.

In particolare, si coglie che «Labeone, citato da Giavoleno in un passo di non facile comprensione sostiene, in relazione a beni non facilmente asportabili, la possibilità di acquistarne *animo* il possesso, come ad esempio nella compravendita di grandi quantità di legname o di numerose anfore di vino. Il giurista augusteo riterrebbe acquisito il possesso da parte del compratore anche prima che quest’ultimo ne abbia perfezionato l’apprensione corporale: la *possessio* sorge quando il compratore, dopo essere stato autorizzato dal venditore a *tollere* le cose, pone loro la *custodia*»<sup>501</sup>.

Il riferimento a questo frammento – Iav. 5 *ex post lab.* D. 41.2.51<sup>502</sup> – risulta fondamentale al fine di dare rilievo a quanto si cerca di mettere in luce: il possesso, a prescindere dalla qualificazione che può assumere, è idoneo a essere oggetto di

---

<sup>500</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 2.

<sup>501</sup> Cfr. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 17.

<sup>502</sup> Iav. 5 *ex post lab.* D. 41.2.51: *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emerit et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissim, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essentiarum sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nibilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*

trasferimento per effetto di una disposizione negoziale, ovvero circola in forza del mero consenso dei contraenti.

La denominazione ‘teoria ortodossa’ si deve a Bonfante<sup>503</sup>, il quale utilizza questa espressione avendo a mente prima di tutto la ricostruzione del possesso operata – non per primo<sup>504</sup> – da Savigny<sup>505</sup>. Quest’ultimo, come noto, descrive il possesso in termini di *corpus*, elemento materiale della fattispecie, e *animus* (*possidendi o animus domini*), l’intenzione di comportarsi come farebbe il proprietario della cosa.

La tesi, semplice nel suo delinearsi, si deve principalmente al parallelismo che incorre tra il possesso e la proprietà, sotto una lente differente rispetto a quella utilizzata oggi, che contrappone una situazione di fatto ad una situazione di diritto: si guarda alla natura giuridica del possesso, valorizzando, nelle molteplici fattispecie, il significato che ciascuno degli elementi costitutivi ricopre al fine di definire la situazione possessoria<sup>506</sup>.

La tenuta della teoria tradizionale è messa in discussione dalla presenza di alcune figure nelle quali «è riconosciuta la *possessio*, si accorda la caratteristica difesa, che è l’effetto della pura e semplice *possessio*, ma l’intenzione di tenere la cosa per sé, l’*animus domini* del Savigny fa certamente difetto. Sicuri e classici sono i casi celebri del creditore pignoratizio, del precarista, del sequestratario: controversi e ad ogni modo non classici il possesso dell’enfiteuta e del superficiario»<sup>507</sup>.

---

<sup>503</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 171.

<sup>504</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 133 ss., dove l’autore segnala che «questa teoria ortodossa non è invenzione del Savigny, ma all’autorità del Savigny congiunge il pregio dell’antichità»; il richiamo al pensiero degli antichi si ricava per esempio da quanto già fatto presente da Donello, il quale, come riporta Bonfante, così si esprime: «*is possidet qui rem tenet domini affectu, id est pro sua, seu tamquam suam tenet eique ita insistit*».

<sup>505</sup> V. F.C. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Wien, 1865.

<sup>506</sup> Al ruolo di elemento costitutivo del possesso si contrappone quello di modalità di esercizio del possesso medesimo. Cfr. *infra*, su cui si v. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 17 ss.

<sup>507</sup> Cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell’animus possidendi*, cit., 1 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 133.

Si tratta quindi di ipotesi che non si conciliano con la teoria appena esposta, per cui viene preferita la tesi del possesso derivato trasmesso dall'originario titolare in forza del suo consenso<sup>508</sup>.

Infine, segue lo Jhering che, pur distinguendo possesso e detenzione, individua come presupposto per la nozione di possesso il requisito dell'*animus*<sup>509</sup>.

Accanto alle due principali teoriche appena accennate vi sono molteplici tentativi di mediazione degli esiti cui si è pervenuti, realizzati attraverso la proposizione di argomenti che investono entrambi gli elementi costitutivi del possesso<sup>510</sup>.

Lo studioso moderno a cui viene dato maggior rilievo è il Bonfante, il quale mette a confronto le diverse interpretazioni e conferma la definizione binaria: l'elemento spirituale è sostituito dall'*animus possidendi*, quale intenzione di signoreggiare la cosa<sup>511</sup>.

Lo stesso Burdese, concordando con Bonfante, ricostruisce la teoria del possesso sulla base di entrambi gli elementi: in particolare, richiama l'origine della parola possesso che deriva dalla radice *pot-* quale posizione di potere e dal verbo *sedere* «nel senso di stare o insistere materialmente»<sup>512</sup>.

La profonda elaborazione giurisprudenziale della nozione di possesso ha portato all'emersione di un secondo indirizzo interpretativo – la c.d. teoria eterodossa

---

<sup>508</sup> In particolare, si evidenziano vari indirizzi interpretativi che interpretano il requisito soggettivo in maniera differente come riassunto in maniera esemplare di recente da P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 4 s.: «alcuni preferiscono leggere i casi del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario come ipotesi eccezionali di possesso privo di animus domini; altri, invece, avanzano una spiegazione volta ad individuare nella evoluzione storia la possibile causa dei possessi cosiddetti derivati. Altri, ancora, pensano di risolvere l'antinomia intervenendo sulla nozione di animus, dilatandola al punto da ricomprendervi anche le ipotesi di possesso che Savigny qualifica come derivato».

<sup>509</sup> Basti il riferimento a R. JHERING, *Über den Grund des Besitzesschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869.

<sup>510</sup> Molti sono gli autori che si possono richiamare, oltre al Bonfante: anche su questo aspetto merita di citarsi l'esautiva panoramica di P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 5 ss., che cita – tra i molti – Riccobono, Rotondi, Albertario, Bozza e Burdese.

<sup>511</sup> Cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, cit., 1 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritti reali*, III, Milano, 1972, 167 ss.

<sup>512</sup> Cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, cit., 1 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 452.

– il quale nega che *corpus* e *animus* siano elementi costitutivi, almeno fino a un certo momento storico identificabile con l'età postclassica o giustiniana.

In particolare, la dottrina, anche attraverso l'analisi di numerose fonti letterarie<sup>513</sup>, ritiene che l'*animus* costituisca un'intenzione esterna al possesso idonea a sostituire, in taluni casi, l'elemento oggettivo e non un elemento costitutivo del possesso<sup>514</sup>. Anche tale ricostruzione ricomprende al suo interno numerose sfumature che tuttavia non mutano la sostanza dell'impostazione<sup>515</sup>.

Le impostazioni teoriche, nonché, soprattutto, le fonti sulle quali esse si fondano sono state recentemente oggetto di un nuovo scrutinio al fine di rinvenire un «punto di contatto valorizzando l'aspetto evolutivo che il concetto di *possessio* ha subito per opera della giurisprudenza classica»<sup>516</sup>.

Da un lato, per il tramite dei contributi di Labeone, Proculo e Nerazio – riconducibili alla scuola Proculiana – si ritiene che sia possibile ammettere l'acquisto *animo* del possesso di beni non facilmente esportabili<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, cit., 1 ss.; F. BOZZA, *Sull'origine del possesso*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1930, 190 ss.; A. CARCATERRA, 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma 1938, rist. Roma 1967, 116 s.; B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, cit., 5 ss.; E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR*, XXXX, 1932, 5 ss.; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, cit., 32 ss., 101 ss.; P. LAMBRINI, *La possessio tra corpo e animo*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 563 ss.; da ultimo, P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possesso nel pensiero giurisprudenziale classico*, 11 ss., 190 ss.;

<sup>514</sup> La teoria è riconducibile a B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, cit., *passim*, nel quale l'Autore per il tramite di un'approfondita indagine esegetica evidenzia l'errore di metodo che ha caratterizzato il pensiero dei giuristi precedenti, errore che si fonda su una falsa costruzione formale degli elementi del possesso.

<sup>515</sup> Il riferimento va soprattutto alle teorie di C.A. CANNATA, *L'animo possidere' nel diritto romano classico*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 71 ss.; ID., *Dalla nozione di 'animo possidere' all'animus possidendi' come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, in *SDHI*, XXVII, 1961, 46 ss.; nonché al contributo più recente di P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, cit., 147 ss.

<sup>516</sup> P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possesso nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 16 ss.

<sup>517</sup> Per la possibilità di acquisto *solo animo* del possesso in relazione ad un atto istantaneo di *traditio* cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, cit., 1 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 233 ss.; C.A. CANNATA, *L'animo possidere' nel diritto romano classico*, cit., 71 ss.; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., 1 ss.; di recente P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possesso nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 20 ss., in particolare con riferimento ai frammenti in Iav. 5 ex. post. Lab. D. 41.2.51: *Quarundarum rerum animo possessionem apisci nos*

Dall'altro lato, con riferimento a Gaio, si conviene di dover respingere tale possibilità con riguardo al momento di acquisto del possesso, tenendo tuttavia ferma la conservazione *animus* del possesso di un bene immobile<sup>518</sup>.

Successivamente anche facendo riferimento a Papiniano si può ribadire la negazione dell'acquisto *solo animo* del possesso.

A partire da Papiniano e Paolo, può dirsi che il termine *corpus* viene utilizzato nella sua valenza tecnica «al fine di indicare una modalità attraverso la quale si possiede: il possesso si acquista e si mantiene attraverso il nostro 'corpo' oppure attraverso il 'corpo' di un intermediario»<sup>519</sup>.

Il secondo requisito – l'*animus* – appare invece confinato a pochissime fattispecie nelle quali emerge tuttavia un significato nuovo, sinonimo dell'intenzione di non abbandonare il fondo dal quale ci si è allontanati e di rientrare non appena le circostanze lo consentono».

All'interno di questo quadro complesso, interviene il pensiero innovatore di Paolo: «egli, pur muovendosi all'interno della riflessione giurisprudenziale precedente – da un lato, continua a negare la possibilità di acquistare solo animo il possesso e,

---

*ait Labo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi, corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nibilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quaodam genere possessio erit aestimanda* relativo alla possibilità di riconoscere la presenza di una *traditio* effettiva ovvero di un acquisto *solo animo* del possesso – tramite un contratto di vendita – di una grande quantità di legname o di numerose anfore di vino; nonché con riferimento a Paul. 54 *ad ed. D. 41.2.1.21: Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam* Priscus *ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint* relativo all'acquisto del possesso tramite *procurator* quindi *oculis et affectu*, senza la necessità che si abbia l'apprensione materiale di beni non facilmente esportabili poiché troppo pesanti, per i quali si ritiene sufficiente quindi che le parti si siano accordate per il loro trasferimento. Cfr. inoltre Cfr. Proc. 5 *epist. D. 41.2.27*; Paul. 54 *ad ed. D. 41.2.3.3*; Ulp. 7 *disp. D. 41.2.34 pr.*; Ulp. 69 *ad ed. D. 43.16.1.25*.

<sup>518</sup> Cfr. Gai 4.153: ... *adipisci vero possessionem per quos possimus, secundo commentario retulimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus.*

<sup>519</sup> P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 20.



dall'altro, ad ammettere la possibilità di conservare animo il possesso degli immobili – interviene su ruolo e significato dei termini *corpus* e *animus*»<sup>520</sup>, le quali oltre a presentare una differente estensione, sono spesso usate esprimendo due diverse modalità di esercizio del possesso.

Preme rilevare che in forza della ricostruzione appena prospettata si ottiene, seppur con opinioni discordanti, una nozione di possesso intesa in termini di situazione di potere – in origine strettamente collegata all'*ager publicus*<sup>521</sup> – che comprende al suo interno l'uso e lo sfruttamento limitato alle cose tutelate attraverso gli interdetti possessori.

A tale nozione consegue infatti la sua qualificazione in termini di situazione di fatto in chiave di assimilazione passato-presente che colloca come minoritarie le differenti interpretazioni sulla sua natura giuridica.

#### 6. Le differenti situazioni possessorie.

Al fine di avere chiaro l'oggetto di indagine, oltre a concentrarsi sugli elementi costitutivi della *possessio*, risulta utile svolgere una breve digressione sulle varie distinzioni presenti nelle fonti, sul presupposto, già sfiorato, che il possesso non costituisce una realtà unitaria.

È necessario precisare che il fenomeno possessorio deve essere letto sempre per il tramite della 'lente processuale', per cui può dirsi che esso rappresenta di volta in volta il riflesso di una specifica situazione tutelata dall'ordinamento.

---

<sup>520</sup> Cfr. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 22.

<sup>521</sup> La *possessio* nasce dal possesso delle terre originariamente appartenenti in un primo momento alla collettività gentilizia, poi al popolo romano che, tuttavia, non riconosceva al titolare dei rapporti giuridici – il *pater familias* – un rapporto diretto su di esso, ma un potere derivato. Inoltre, sempre con riferimento alla fase storica di evoluzione del diritto romano, la *possessio* era riconosciuta sull'*ager publicus*. Cfr. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, cit., 1 ss.; L. ZANCAN, *Ager Publicus. Ricerche di storia e di diritto romano*, Padova, 1935, 3 ss.; F. BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli, 1939; E. VOLTERRA, *Bibliografia di diritto agrario*, Firenze, 1951; A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, 'Uti possidetis' e 'ager publicus', in *Labeo*, XLIII, 1997, 445 ss.; O. SACCHI, *La nozione di ager publicus populi romani nella lex agraria del 111 a.C. come espressione dell'ideologia del suo tempo*, in *The Legal History Review*, 2005, 19 ss.

Come noto, si distingue tra *possessio ad interdicta* – quale situazione di fatto insuscettibile di divenire *dominium* – e *possessio ad usucapionem*, quale ‘tipologia’ di possesso che, se protratto nel tempo, garantisce l’acquisto della proprietà, ma non sempre la tutela interdittale<sup>522</sup>.

Quest’ultima espressione ‘*possessio ad interdicta*’ è estranea al pensiero giuridico romano: è stata creata dagli interpreti al fine di contrapporla alla seconda ‘tipologia’ presente nelle fonti anche se con un’accezione notevolmente diversa da quella a noi nota<sup>523</sup>.

Infatti, «da Riccobono in poi, in particolare dal 1910, si è consolidato l’orientamento secondo cui, distinguendosi tre tipi, o gradi, di possesso (*possessio naturalis*, *possessio ad interdicta*, *possessio civilis*), la *possessio naturalis* sarebbe il grado più basso, la *possessio ad interdicta* quello successivo, infine la *possessio civilis* il grado più elevato, producente l’effetto (riconosciuto appunto *iure civili*) dell’acquisto della proprietà per usucapione, e perciò generalmente qualificato come *possessio ad usucapionem*»<sup>524</sup>.

Con l’espressione *possessio naturalis*<sup>525</sup> si fa riferimento a differenti situazioni avuto riguardo al profilo soggettivo: usata in termini generali per indicare il possesso

---

<sup>522</sup> Si pensi al caso della detenzione o nelle ipotesi di compossesso, in cui il possesso *ad interdicta* era attribuito al creditore pignoratizio mentre il possesso *ad usucapionem* rimaneva in capo al debitore; v. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 407.

<sup>523</sup> Cfr. G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 96, che rileva l’utilizzo di espressioni quali ‘*ad usucapionem tantum possidere*’ (o ‘*ad unam tantum causam possidere ad usucapionem*’) e ‘*ad reliquas omnes causas possidere*’ in riferimento, rispettivamente, al debitore oppignorante e al creditore pignoratizio. Cfr. inoltre G. NICOSIA, *La pretendida posesión del secuestratario*, in *Sem. Compl.*, XI, 1999, 65 ss.; J.D. RODRIGUEZ MARTIN, *Sobre la posesión del ‘sequester’*, in *Sem. Compl.*, XX-XXI, 2007-2008, 361 ss.; G. NICOSIA, *Vitiosa possessio e iniusta possessio*, in *Iura*, LXIII, 2015, 1 ss.; ID., *Possessio pignori dantis, possessio precario dantis, possessio in solidum*, in *Iura*, LXIV, 2016, 257 ss.

<sup>524</sup> In questo senso, G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 739 ss.; cfr. inoltre R. RICCOBONO, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse* (*Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta*). Con una introduzione di Giovanni Nicosia, a cura di P. Buongiorno, in *Riv. dir. rom.*, XII, 2012, 1 ss.

<sup>525</sup> Cfr. Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1: *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*; Ulp. 24 ad ed. D. 10.4.3.15: *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet*.

in quanto tale, senza alcuna qualificazione giuridica – contrapponendosi quindi alla *possessio civilis* formata da *corpus* e *animus*<sup>526</sup> – viene in rilievo nelle fonti con molteplici espressioni in relazione a coloro che sono *potestati subiecti*, depositarii, comodatari, usufruttuari, precaristi<sup>527</sup>.

In particolare, «si riferisce a una generica nozione di *possessio*, in sé non giuridicamente qualificata, anche la regola di risalenza repubblicana secondo cui nessuno di proprio arbitrio può cominciare a possedere *ex iusta causa* una cosa già da lui posseduta senza *iusta causa* (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*)<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> Cfr. Paul 54 ad ed. D. 41.2.3.3: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si Thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.*

<sup>527</sup> V. Ulp. 67 ad ed. D. 41.2.24: *Quidquid filius peculiari nomine adprehenderit, id statim pater eius possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius etiam si filius ab alio tamquam servus possideatur, idem erit probandum*, Iul 44 dig. D. 41.5.2.2: *Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. Cui consequens est, ut filius a patre heres institutus res hereditarias a patre sibi donatas pro parte coheredum usucapere non possit*; Ulp. 20 ad ed. D. 10.3.7.11: *Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant*; Ulp. 70 ad ed. D. 41.2.12: *pr. Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet*; Paul. 13 ad Sab. D. 43.26.15.4: *Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. Placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione. 1. Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.*

<sup>528</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 454, che individua in particolare le seguenti fonti: Iulian. 44 dig. D. 41.3.33.1: *Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis scieret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino existisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem*

*Possessio ad interdicta* indica la situazione possessoria tutelata dall'ordinamento tramite gli interdetti possessori sul presupposto d'esistenza di un potere – *ius* – di fatto. Si ritiene che l'adozione di tale espressione «e di espressioni equivalenti, da parte degli interpreti non ha avuto il ruolo di mero espediente terminologico, ma è servita a coprire la creazione di una categoria concettuale estranea al pensiero giuridico romano»<sup>529</sup>.

Infine, l'espressione *possessio civilis* – che si contrappone intuitivamente a *possessio naturalis* – compare in un solo testo<sup>530</sup> e fa riferimento alla nozione più largamente intesa di possesso; tuttavia in nessuna delle testimonianze si dice che essa fosse *ad usucapionem*<sup>531</sup>, ovvero che integrasse il grado più elevato di possesso.

In breve, l'usucapione del diritto civile romano classico<sup>532</sup> – e l'usucapione o prescrizione acquisitiva del diritto giustiniano – può essere definita come «l'acquisto

---

*eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere; Cels. 23 dig. D. 41.2.18 pr.; Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.*

<sup>529</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, cit., 741.

<sup>530</sup> Cfr. Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1.

<sup>531</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, cit., 741.

<sup>532</sup> Per quanto concerne le fonti si faccia riferimento a Mod. 5 *pand.* D. 41.3.3: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*; Gai. 21 *ad ed. prov.* D. 41.3.1: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium*; Ner. 5 *membr.* D. 41.10.5: *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset*, per quanto concerne la definizione. L'usucapione è stata introdotta per impedire il protrarsi di una contestazione circa il rapporto di proprietà, rendendo il rapporto medesimo incontestabile poiché qualifica la posizione dei possessori di cose altrui dopo un determinato periodo di tempo. L'esigenza alla base è riconoscibile nell'opportunità di garantire chi curava i propri affari rispetto a chi li trascurava (*vigilantibus iura succurrunt*) e, anche in questo, si contrappone al possesso come situazione di fatto che trova ragione nella tutela dell'ordine sociale (*ne cives ad arma veniant*). È nota la discussione che anima la dottrina circa la configurazione dell'usucapione quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario ovvero a titolo derivativo: si ritiene sia preferibile l'interpretazione fatta propria dalla dottrina dominante per cui l'usucapione rientra tra i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, poiché l'acquisto avviene sulla base del puro e semplice fatto del possesso, quindi in base ad una relazione tra il soggetto e la cosa e non tra il soggetto e il proprietario della cosa medesima.

della proprietà mediante il possesso legalmente qualificato e continuato per un periodo di tempo legale»<sup>533</sup>.

Prestando ora peculiare attenzione alla ‘tipologia’ di *possessio ad usucapionem*, si tratta di un concetto che rinviene la propria ‘base contenutistica’ – come minimo comune denominatore convenzionalmente inteso – nel possesso: quest’ultimo, infatti, quale rapporto continuativo con la cosa, se protratto nel tempo, conduce all’acquisto della proprietà. Ne consegue che coloro i quali detengono la cosa in forza di un titolo che li obbliga a restituirla – come il depositario, il sequestratario, l’usufruttuario, l’usuraio – non possono usucapire, salvo che non sopravvenga un fatto idoneo a modificare la situazione possessoria rendendoli possessori veri e propri<sup>534</sup>.

In particolare, sempre volgendo l’attenzione alle fonti<sup>535</sup>, è necessario distinguere quelle che parlano di *possidere et usucapere*<sup>536</sup> da quelle che invece utilizzano l’espressione *usucapio procedere, tempus ad usucapionem procedere, ad usucapionem possessio procedere*<sup>537</sup>.

---

<sup>533</sup> C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1946, 146.

<sup>534</sup> V. C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, cit., 155: ad esempio, se chi ha ricevuto dal non proprietario una cosa in locazione, ovvero in deposito, la compera dallo stesso non proprietario, può cominciare ad usucapire *pro emptore*, perché la vendita trasforma in possesso la precedente mera detenzione della cosa.

<sup>535</sup> L’analisi è stata compiutamente svolta da G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, cit., 741.

<sup>536</sup> Cfr. Gai, 2.94: *De Illo quaeritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere, aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus; per eum vero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus*; Paul. 54 ad ed. D. 41.2.1.22: *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt. Forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait, per servum quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant*.

<sup>537</sup> Cfr. Gai, 2.45: *Sed aliquando atiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat: nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plantia*; Gai, 2.89: *Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habemus, adquirunt nobis, sed etiam possessio: cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit*; Paul 32 ad Sab. D. 41.3.31.5: *Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit*; Iul. 2 ex Min. D. 41.2.39: *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procedet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat*.

Si ritiene, abbracciando le conclusioni sostenute da autorevole dottrina, di ritenere spuria anche l'espressione *possessio ad usucapionem*, in quanto non vi è «alcun riferimento testuale (e neppure un qualche indizio) che possa avallare una tale supposizione, e come invece nei (per altro non molti) testi in cui ricorre l'espressione *possidere ad usucapionem*, si dice sempre che il possessore è considerato tale limitatamente, *tantum*, a quell'effetto»<sup>538</sup>.

Al primo requisito si devono poi aggiungere la giusta causa – o *titulus* secondo la terminologia propria dell'età postclassica o dell'oggi – e la buona fede<sup>539</sup>; questi ultimi aspetti<sup>540</sup> tuttavia non hanno un ruolo autonomo, ma «hanno unicamente importanza per la qualificazione del possesso, vale a dire per la determinazione del possesso idoneo all'usucapione»<sup>541</sup>; nelle fonti infatti si rinviene la seguente terminologia: *bonae fidei possessio*, ovvero *possessio ad usucapionem*<sup>542</sup>.

In particolare, nella giurisprudenza classica prevale l'idea che, ai fini della possibilità di usucapire, era necessario che il compratore fosse in buona fede non solo al momento dello scambio dei consensi nella vendita<sup>543</sup>, ma anche nei due successivi momenti, quello obbligatorio della vendita, e quello reale della *traditio*. Il possessore, quindi, doveva essere ignaro del fatto che il venditore non era *dominus* o comunque non avrebbe mai potuto trasmettergli validamente il bene; in tali ipotesi era esclusa sia

---

<sup>538</sup> In questo senso G. NICOSIA, *Possessio ad usucapionem?*, cit., 751.

<sup>539</sup> L'usucapione classico prevedeva il requisito della *fides* nel senso di richiedere in capo al soggetto che vantava l'usucapione la consapevolezza di non arrecare torto al proprietario della cosa, credendo di aver acquistato dal proprietario civile o pretorio o da persona autorizzata o in seguito alla *derelictio* di persona legittimata. Si ritiene siano sovrapponibili la situazione dell'*in bonis* e la *possessio ad usucapionem*. La *iusta causa*, prevista dal pretore per concedere le azioni fittizie, infatti, coincideva con la causa dell'acquisto della proprietà e quindi della stessa usucapione. Cfr. L. VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1001 s.

<sup>540</sup> Si rammenta il noto esametro elaborato dalle scuole medievali: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.

<sup>541</sup> Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, cit., 147.

<sup>542</sup> Cfr. Paul. 54 ad ed. D. 41.3.16: *De illo quaeritur, si servus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua mihi dedit, an partum apud me conceptum usucapere possim. Sabinus et Cassius non putant, quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret, et hoc verum est*.

<sup>543</sup> V. Ulp. 16 ad ed. D. 6.2.7.11. Cfr., anche per altre fonti, L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 1004, nt. 51.

l'*usucapio pro emptore* sia l'azionabilità della *Publiciana*<sup>544</sup>, ma, mentre per quest'ultima l'elemento essenziale era sempre la validità della causa traslativa, nell'*usucapione* si accettava anche la buona fede circa il sussistere di essa<sup>545</sup>. L'assenza della *fides*, pertanto, privava la *possessio* della *insta causa* e la riduceva a una *naturalis possessio*<sup>546</sup>, ossia una detenzione. La mala fede iniziale ostava alla maturazione dell'*usucapione* così come l'assenza di un titolo.

In questo quadro, non è difficile evincere una sostanziale estraneità alla giurisprudenza romana dell'idea di un'assegnazione del possesso svincolata dal diritto di proprietà che avvenisse nella consapevolezza dell'altruità del bene<sup>547</sup>; questa considerazione merita di essere sottolineata laddove l'ipotesi di 'disposizione negoziale del possesso' volesse essere configurata in termini di negozio di disposizione di una *res* senza che sia di alcun interesse il profilo formale di titolarità del bene medesimo.

Tuttavia evidenziando la funzione svolta dall'istituto può rivenirsi una traccia dell'idea di una circolazione traslativa del possesso.

Con particolare riguardo all'età classica infatti – caratterizzata da una netta separazione tra le *res Mancipi* e le *res nec Mancipi* – l'*usucapione* svolge una funzione del tutto particolare che si è detto emergere per il tramite del suo risvolto processuale:

---

<sup>544</sup> Secondo L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 1004 s., nt. 55, l'*usucapione* era esclusa solo nelle ipotesi in cui il possessore avesse acquistato il possesso sulla consapevolezza o dell'alienità del bene o comunque dell'invalidità non avere un titolo e quindi mancasse la buona fede.

<sup>545</sup> V. sempre L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 1005.

<sup>546</sup> V. C. A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 328.

<sup>547</sup> P. BONFANTE, *Corso*, II, cit., 302 e M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 337, la estrapolano, pur in senso dubitativo, da I. 2.6.13. Uno spazio residuo forse si rinviene nella figura dell'*accessio possessionis*. Ammessa dapprima solo limitatamente all'*interdictum utrubi*, in cui il possessore poteva computare al proprio possesso quello – *iustus* – del proprio dante causa a titolo particolare, venne estesa in età classica avanzata anche alle ipotesi di vendita. Il compratore di una cosa *in bonis* avrebbe potuto, in questo caso, sommare il proprio possesso a quello del suo autore in modo tale da 'accelerare' l'*usucapione*, fermi restando i requisiti della buona fede e della *insta causa*, come si ricava da Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.17. Il possessore, quindi, non succedeva nell'identica posizione del predecessore, ma intraprendeva un nuovo possesso, pur venendogli accordata la facoltà di computare il tempo del predecessore. L'*accessio*, infatti, non avveniva ipso iure, ma per libera volontà delle parti: era il nuovo possessore – come oggi – a scegliere di giovare del possesso del proprio dante causa o non farlo. Cfr. inoltre C. SACHEZ MORENO ELLANT, *L'accessio possessionis en el derecho romano clasico. Contribución al estudio de l'accessio possessionis el la usucapión*, in *BIDR*, XXXVII-XXXVIII, 1995-1996, 455 ss.

costituiva una sorta di ‘convalida’ degli effetti della vendita che non si erano prodotti in maniera definitiva – ovvero non si erano potuti produrre per la insufficienza dei requisiti presenti<sup>548</sup> – come nel caso in cui si fosse conclusa un’*emptio venditio* di una *res Mancipi* cui non era seguita la *mancipatio* ovvero quando la vendita riguardava una cosa altrui<sup>549</sup>.

Ne consegue che – sotto un’angolatura differente – «solo così acquista senso compiuto il famoso testo di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.2, in cui si dice che se la cosa è del venditore la sua obbligazione è di fatto adempiuta con il compiere la *mancipatio* (se la *res* è *Mancipi*) o la *traditio* (se la *res* è *nec Mancipi*), perché il compimento dell’atto di trasferimento sarà di per sé soddisfattivo dell’obbligazione, rendendo il compratore *dominus*; se invece la cosa non è di proprietà del venditore (o se si compie la sola *traditio* della *res Mancipi*), (...) l’obbligazione non risulta adempiuta e non lo sarà fino al momento in cui il compratore avrà acquistato la proprietà per usucapione»<sup>550</sup>.

Potrebbe tuttavia rilevare quanto le fonti vanno talvolta mettendo in evidenza, ovvero l’avvicinamento dell’istituto in questione al concetto di *alienatio*. Le fonti che vengono in rilievo sono due:

---

<sup>548</sup> Senza voler apparire eccessivi si può richiamare il significato degli effetti che la convalida del negozio giuridico produce oggi; come è stato evidenziato da G.B. FERRI, voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino 1989, 346; E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Milano, 1959, 811 ss.; G. GIACOBBE, voce *Convalida (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 497 s., può dirsi infatti che «Giovanni Battista Ferri dunque nulla toglie o nulla aggiunge al negozio convalidato; essa, come è stato giustamente notato «soltanto preclude la vicenda annientatrice che da un utile esperimento dell’impugnativa potrebbe derivare».

<sup>549</sup> Cfr. L. VACCA, *La riforma*, cit., 453.

<sup>550</sup> L. VACCA, *Garanzia per evizione e obbligazioni del venditore nel sistema romano*, cit., 285. Si può considerare, riprendendo quando già accennato, la *traditio ex causa emptionis*: questa, se non conduceva al trasferimento della proprietà trasferiva infatti il mero possesso e poneva i presupposti sia per una *iusta possessio ad usucapionem*, sia per una tutela mediante *Actio Publiciana*, che, come noto in quanto rispondendo ad una differente *ratio* – come rimedio pretorio nasce per rendere opponibile l’acquisto ai terzi e allo stesso proprietario finché non si fosse realizzata l’usucapione – richiedeva non solo il sussistere dei requisiti della *possessio ad usucapionem*, ma anche l’acquisto del possesso *ex iusta causa*. Si veda L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 998 ss.



Gai. 2.65: *Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

Paul. 21 ad ed. D. 50.16.28 pr: *'Alienationis' verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione acquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.*

Nel secondo frammento Paolo si interroga sulla possibilità di qualificare come alienazione anche la perdita di una servitù a causa del non uso, ovvero si domanda se debba preferirsi la tesi della ri-trasmissione di essa al proprietario del fondo servente. Ciò che merita evidenziare concerne appunto il termine *alienatio* che, in forza della soluzione positiva prospettata al caso di specie, viene utilizzato tanto per la perdita della proprietà come conseguenza di un trasferimento – come accade nel primo frammento nel quale Gaio parla di alienare in relazione all'usucapione, alla *mancipatio*, alla *in iure cessio* –, quanto all'ipotesi che invece non contempla alcun trasferimento.

Con riguardo al primo frammento, infatti, Gaio interviene al fine di distinguere i modi di acquisto della proprietà anche da un punto di vista terminologico, «utilizzando specificamente il verbo *alienare* in relazione alla distinzione 'soggettiva'»<sup>551</sup> in esso presente.

Conseguentemente, si può individuare il campo di applicazione del verbo *alienare*: è possibile che, in relazione al pensiero di Gaio, esso faccia riferimento al trasferimento dal punto di vista delle parti del rapporto, per cui alienare – da *alienus* e *alius* – «sembra voler alludere a qualcosa che diventa 'altrui', 'di altri', laddove si ha 'trasferimento in senso stretto' in relazione all'atto che lo realizza. Sono termini equivalenti nella misura in cui indicano la medesima vicenda, ora dal lato del soggetto, ora da quello dell'oggetto. Nei modi di acquisto originari (...) l'*alienatio* si precisa nell'*adquisitio*'»<sup>552</sup>.

---

<sup>551</sup> Cfr. S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 115.

<sup>552</sup> Cfr. P. MADDALENA, *'Accedere e cedere' nelle fonti classiche*, in *Labeo*, XVII, 1971, 169 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 115.

Non risulterebbe facilmente ricavabile una accezione tecnico-giuridica del lemma, nemmeno in relazione alla figura dell'usucapione, al fine di rinvenire in esso un trapasso del possesso che possa assumere le vesti di un trasferimento – a titolo derivativo – del possesso medesimo.

Tuttavia è chiaro che il concetto trova il proprio riconoscimento proprio in relazione all'atto che viene posto in essere, quindi in relazione alla volontà delle parti coinvolte nella figura negoziale individuata.

A ciò deve aggiungersi la considerazione secondo cui le riflessioni appena svolte in materia di usucapione, se possono apparire estreme all'oggetto della presente ricerca, consentono di mettere a fuoco che in realtà la circolazione negoziale del possesso si inserisce, rileva, in tutte quelle fattispecie propedeutiche all'acquisto del diritto, 'trasformando' così una situazione tradizionalmente interpretata in termini di situazione di mero fatto in una situazione densa di profili di diritto.

## 7. Una lettura differente.

Può dirsi subito che, a prescindere dalle differenti qualificazioni che si possono dare al fenomeno possessorio<sup>553</sup>, vi è una precisa idea che emerge con riguardo all'attività di disposizione che il titolare di una singola situazione di appartenenza può porre in essere: l'idea è quella per cui esiste un possesso che – seppur non sempre valido a garantire l'acquisto del dominio per usucapione – è idoneo a circolare e tale circolazione può avvenire anche e per effetto di una disposizione negoziale.

Occorre dire subito – quale diretto corollario dell'impossibilità di concepire la categoria della successione nei rapporti di mero fatto – che dal punto di vista della tipologia di acquisto quando si parla di disposizione negoziale con riguardo alle fonti classiche non si verifica un vero e proprio fenomeno di successione, in quanto il titolo che fonda l'acquisto della situazione possessoria è sempre *ex novo*<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> La terminologia relativa al possesso appare, sin dall'età più risalente, molto varia e non irrigidita in formule tecniche, per cui si trovano differenti espressioni – oltre a *possidere* e *possessio* – come *habere*, *tenere*, *esse apud aliquem*. In questo senso, B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 9 s, in specie nt. 8.

<sup>554</sup> V. a titolo esemplificativo Ulp. 72 *ad ed.* D. 41.2.13.2.

In questa direzione si coglie una perfetta linearità tra presente e passato: il possesso oggi circola individuando ipotesi<sup>555</sup> che si strutturano «intorno ad un nocciolo parlato che verte intorno a quel «potere sulla cosa» di cui discorre l'art. 1140»<sup>556</sup>, per cui emerge la contrapposizione tra dichiarazione di volontà volta a produrre la vicenda di un rapporto giuridico e atto giuridico che materialmente produce il mutamento nel mondo esterno<sup>557</sup>.

Nelle fonti classiche, *possidere*, come già visto, è espressione di una relazione giuridicamente rilevante tra una persona fisica e un oggetto tangibile che consente a tale soggetto il potere di disporre – quindi anche di alienare – l'oggetto medesimo.

Al fine di ritenere sussistente tale relazione non era necessario un contatto fisico costante – *corpore et tactu*<sup>558</sup> – tra il soggetto e la cosa, per cui può ricavarsi l'argomentazione in forza della quale la sussistenza del fenomeno possessorio va indagata appunto nella prospettiva nuova della volontà: si è certamente concordi nel ritenere che si possiede – e si ha titolo alla tutela interdittale ed, eventualmente, all'usucapione – in quanto si abbia la volontà di essere in rapporto materiale (o di consentire che altri abbia nostro *nomine* tale rapporto materiale) con l'oggetto nel proprio interesse.

Il consenso come fondamento della circolazione per il tramite di una figura negoziale è senza dubbio evidente nell'ipotesi di compravendita, con riguardo al

---

<sup>555</sup> Il riferimento va alle ipotesi delineate dagli artt. 1146 cod. civ. e 1510 cod. civ. a queste si aggiungono quelle individuate, come consegne spiritualizzate, il costituito possessorio e la *traditio brevi manu*.

<sup>556</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 238 ss.

<sup>557</sup> Siamo nell'area degli atti giuridici non negoziali volti ad incidere su situazioni di fatto, la cui rilevanza sul piano del diritto non è di per sé sufficiente a qualificare tali fattispecie in termini di situazioni giuridiche.

<sup>558</sup> V. Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.21: *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.*

peculiare profilo delle obbligazioni del venditore<sup>559</sup>, ma vi sono ulteriori fonti dalle quali è possibile ricavarlo.

Sul presupposto che le *causae acquirendi* del possesso sono *infinitae*<sup>560</sup> – si tratta di indagare il possesso in relazione al requisito della volontà in una prospettiva nuova<sup>561</sup> attraverso una ricognizione di tutte quelle fonti dalle quali emerge che la volontà non è elemento costitutivo del possesso<sup>562</sup>, né modo di acquisto del possesso nel modo tradizionalmente inteso<sup>563</sup>, bensì interviene a plasmare una circolazione negoziale dello stesso.

---

<sup>559</sup> La struttura della compravendita romana – contratto consensuale a effetti obbligatori – costituisce uno dei nodi più complessi nella ricostruzione del sistema romano classico. Cfr. L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica-comparatistica*, 127 ss.

<sup>560</sup> Cfr. Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.21: *Si rem pignori datam debitor subripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici.*

<sup>561</sup> Il requisito della volontà emerge con differenti espressioni tra cui *propositum possidendi*, *affectio possidendi*, *sensus*, *animus*. B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., in specie ntt. 121, 122, 123.

<sup>562</sup> Si veda in particolare Marc. 17 dig. D. 41.2.19.1: *Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit*; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1: *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. Dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem*; Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.1: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*; Ulp. 69 ad ed. D. 43.16.1.26: *Eum, qui neque animo neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur*. Si deve aggiungere la considerazione per cui nelle fonti si parla di animus anche con riguardo alla consapevolezza del soggetto che possedeva *corpore alieno* quindi con la volontà di tenere per altri.

<sup>563</sup> È noto il riferimento in particolare a Gai. 4.153, cui si possono aggiungere i frammenti contenuti in Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2: *Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. Illa quoque possessionis amittendae separatio est. Nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo;*

In altri termini, si vuole indagare il profilo soggettivo della volontà: quest'ultima non attiene alla configurazione dell'oggetto – il possesso –, ma al profilo causale della circolazione medesima che avviene per il solo tramite di una disposizione idonea a modellare il suo contenuto.

Il confronto in chiave diacronica permette di evidenziare che la relazione consenso-contratto-possesso non vede i propri termini stare in contrapposizione: emerge – sotto l'angolo di visuale che si è appena individuato – che il possesso può essere oggetto di un atto di disposizione negoziale (volontà), ovvero essere proprio la forma dell'atto in questione – il contratto o il negozio giuridico – a dare forma a una situazione di possesso.

Per cui, a differenza dell'ordinamento vigente – nel quale l'espressione dell'autonomia privata è limitata, secondo l'opinione maggioritaria, alla categoria degli atti negoziali nei quali non sono ricompresi i rapporti di fatto<sup>564</sup> – la relazione autonomia privata-possesso è vista con favore dai Romani che ricostruiscono il composito fenomeno possessorio – in relazione al profilo della volontà – andando ben oltre sia una qualificazione in termini di *res facti*, che l'operare del negozio giuridico ai soli rapporti di diritto.

#### 8. Lo strumento del raccordo diacronico: il negozio giuridico.

Si è visto che tanto in diritto civile vigente quanto nelle fonti classiche la fattispecie principe idonea a trasferire un potere di fatto è la mera consegna: «come relazione di fatto, si comprende nella consegna il passaggio sia della detenzione che del

---

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.11: *Salus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus*. Resta tuttavia consolidata l'opinione per cui non era possibile *animo retinere possessionem*.

<sup>564</sup> Basti dire che la presenza di atti diversi dal negozio giuridico autonomi e idonei ad esprimere una concreta manifestazione di volontà è stata sinora affermata chiaramente in dottrina soltanto da Sacco, secondo il quale «la dichiarazione non è l'unico strumento dell'autonomia privata. Ad essa si aggiungono tutti quegli atti fattuali che creano un rapporto giuridico semplicemente attuandolo, come nel caso della consegna». In questo senso, R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 517 ss., in particolare 521 s.; ID., *L'occupazione, atto di autonomia*, *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 343 ss., in particolare 356.

possesso, anche mediato (che si esercita cioè attraverso la detenzione altrui, secondo l'art. 1140 cpv. c.c.), e non soltanto dell'una o dell'altra situazione possessoria. Tutte queste figure infatti possono realizzare la funzione di adempimento dell'obbligo di consegna»<sup>565</sup>.

La mera consegna non rinviene la propria essenza in una dichiarazione di volontà integrativa, in quanto tale, di una fattispecie negoziale: integra infatti, un atto materiale o una dichiarazione con cui si opera sulle 'attese sociali' che sono l'elemento portante del potere di fatto.

Differente è invece il negozio di consegna quale atto bilaterale mediante il quale un possessore – *tradens* – immette nel potere un possessore successivo (*accipiens*)<sup>566</sup>.

Essa occupa un posto di primaria importanza nella sistematica degli atti giuridici; in particolare, è la fattispecie normale per l'acquisto del possesso: se il contratto (causale) è il modo normale per la circolazione della proprietà, la consegna è il modo normale per la circolazione del possesso. Si tratta quindi di indagare la fattispecie della consegna come negozio giuridico di cessione del possesso.

Sul presupposto che un atto volontario è idoneo a far trascorrere il possesso da un soggetto ad un altro, ci si vuole domandare come è strutturato questo meccanismo<sup>567</sup> e in che termini esso può essere definito in chiave negoziale: anche se

---

<sup>565</sup> In questo senso C.A. FUNAIOLI, voce *Consegna (in generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 131 ss., nonché G. DEJANA, *Sulla natura del possesso dell'alienante*, in *Foro it.*, 1947, I, 717.

<sup>566</sup> Cfr. in termini generali, C. ANGELICI, voce *Consegna*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, 1988, 468 ss.; R. SACCO, voce *Possesso*, cit., 491 ss.; C.A. FUNAIOLI, voce *Consegna (in generale)*, 133; A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950; A. DE MARTINI, *Profili della vendita e del contratto estimatorio*, Milano, 1950; C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942; P. FORCHIELLI, *I limiti oggettivi del concetto di consegna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 73 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, 400 ss.

<sup>567</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 240, il quale rileva che i giudici di legittimità oggi, posti di fronte ad un impegno a trasferire il possesso, chiamano nulla la promessa per impossibilità dell'oggetto. Ma ci si domanda: vogliono veramente questo risultato, o vogliono semplicemente impedire che si crei una circolazione a base negoziale di appartenenze cadette, aventi ad oggetto beni sottratti al commercio, beni di origine illecita, beni a circolazione controllata, e così via?).

ciò in termini generali viene negato<sup>568</sup> non «significa per nulla che la volontà negoziale non possa strutturare l'impegno a trasferire il possesso»<sup>569</sup>.

Non si vuole certamente offrire una nuova qualificazione all'istituto del possesso; non si tratta di 'etichettare' con un *nomen* differente la medesima realtà, ma si vuole comprendere che l'elemento del consenso – lo stesso che, di regola, viene indagato al fine di verificare la sussistenza di un contratto di compravendita causalmente orientato al trapasso della proprietà – può invece ritenersi idoneo a trasferire – anche – una situazione possessoria.

Per utilizzare le parole di Sacco, si tratta di indagare la possibilità che esistano «casi di trapasso del possesso che eziologicamente non si collegano né ad una consegna»<sup>570</sup> – in chiave di sequenza combinata compravendita-atto esecutivo del contratto medesimo – né ad uno spoglio»<sup>571</sup> – in termini di dismissione del potere di fatto sul bene – facendo leva sul consenso dei soggetti coinvolti nell'operazione negoziale.

Non è certamente questa la sede per svolgere un approfondimento in termini di teoria generale del diritto in materia di negozio giuridico, ma alcune considerazioni – in chiave di perfetta linearità passato-presente – meritano di essere svolte.

È noto infatti che il negozio giuridico sia inserito nella dinamica fatto-atto-negozio (contratto), ricollegando al concetto di volontà gli effetti di un atto giuridico. Si tratta, in particolare, di un concetto coestensivo a quello di autonomia privata, idoneo a ridurre a unità concettuale ogni possibile manifestazione di quest'ultima<sup>572</sup>.

---

<sup>568</sup> L'acquisto – così come la circolazione e la perdita del possesso – dipendono da comportamenti umani, previsti dal diritto. La volontà degli interessati, tuttavia, non può collegare questa circolazione a fattispecie diverse da quelle che prevede il diritto oggettivo. Così, come si è già visto, sono nulle le clausole contrattuali che volessero assegnare al conduttore la qualifica di possessore, o privarlo della qualifica di detentore. Così sarebbe nullo un patto di trasferimento del possesso che non inerisse a un accordo di trasferimento della proprietà o ad un riconoscimento di proprietà. È solo il linguaggio notarile che pigramente, usa la parola possesso proprio in questo significato. Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 240.

<sup>569</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 241.

<sup>570</sup> V. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 241.

<sup>571</sup> Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, cit., 241.

<sup>572</sup> In termini generali, cfr. V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, 3 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 1 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio*

Si è dubitato in dottrina circa la possibilità di ritenerlo ancora oggi una categoria operativa; tuttavia resta pur sempre una categoria logica<sup>573</sup> ed è infatti come figura interpretativa che si sceglie di adoperarlo con riguardo alle fonti<sup>574</sup>.

Con riguardo alle fonti classiche, la storia del negozio giuridico viene definita come una ‘storia dell’assenza’ che tuttavia – in un parallelismo perfetto con l’indagine attuale relativa al nostro tema – non è motivo di per sé solo sufficiente per escludere ogni rapporto storiograficamente significativo con tale sistema; anzi, la nostra indagine consente proprio di dare nuovo vigore a questa categoria concettuale<sup>575</sup>.

In altri termini, può dirsi che la disposizione negoziale del possesso esprime un terreno nel quale sperimentare la ‘reale portata’ e ‘il reale valore’ epistemologico della categoria del negozio giuridico – quindi il profilo della volontà al fine di realizzare un effetto giuridico – nell’esperienza romana, avendo chiaro il presupposto di una radicale

---

giuridico, Napoli, 1958; F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss; inoltre, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 1 ss.; ID., voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 799 ss.; F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1967, 13 ss.; A. SCHIAVONE, voce *Negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 906 ss.; G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, 17 ss.; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria, manifestazione, astrazione, inefficacia*, Milano, 1998, 3 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 7 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 31 ss.; più di recente L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, rist. anastatica dell’edizione del 1948*, Napoli, 2011; N. IRTI, *Destini dell’oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011; ID., *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *BIDR*, I, 2011, 89 ss.; R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, I, Torino, 2014, 452 ss.; G. ZARRO, *Aspetti dell’autonomia negoziale dei Romani. Dalla ‘fides’ ai ‘nova negotia’*, Napoli, 2015; F. MERCOGLIANO, *Aspetti teorici del negozio giuridico. Appunti romanistici*, in *Index*, XLIV, 2016, 463 ss.

<sup>573</sup> Cfr. F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, cit., 932 ss.

<sup>574</sup> V. A. SCHIAVONE, voce *Negozio giuridico (dir. rom.)*, cit., 906 ss., in specie 907, lo definisce un ‘vero e proprio simbolo della civilistica europea di tradizione pandettistica’, ma completamente estraneo al mondo giuridico romano.

<sup>575</sup> V. A. SCHIAVONE, voce *Negozio giuridico (dir. rom.)*, cit., 908 per cui valorizzando il lavoro della giurisprudenza classica si assiste ad un’evoluzione nel modo – e nella relativa forma – di intendere il negozio giuridico, ma non è possibile rinvenire un vero e proprio «disegno sistematico unitario e definito, una forma giuridica complessiva del movimento della circolazione», quale è appunto la forma del negozio.



‘diversità morfologica’<sup>576</sup> tra i modelli del presente e del passato, diversità che tuttavia si vedrà non riguardare la funzione da esso realizzata.

Può dirsi infatti che la presenza del negozio giuridico nel mondo romano «appare fortemente caratterizzato e ricco di contenuti molto determinati. Alla mancanza della forma totalizzante di negozio giuridico corrisponde infatti la presenza nel lavoro dei Romani, di una serie definita di figure meno comprensive ma egualmente astratte che nella elaborazione della civilistica moderna compaiono poi come determinazioni essenziali all’interno della forma generale del concetto di negozio»<sup>577</sup>.

Nell’esperienza giuridica romana il modello della circolazione dei diritti si esplica in tre forme: la forma della merce, la forma del denaro, la produttività normativa della volontà come apparenza giuridica dello scambio; è quindi possibile rinvenire la presenza di una fattispecie circolatoria a fronte della presenza di uno di questi elementi. Nel nostro caso, si vuole dare prevalenza all’ultima forma, rinvenendo nel terreno della volontà la circolazione di una situazione di possesso.

Sullo sfondo vi è però la consapevolezza della difficoltà di risolvere senza residui e ulteriori vincoli il modello dello scambio – in proprietà – entro lo schema della produttività normativa della volontà. Questo forse – proprio a fronte della peculiarità della situazione possessoria – potrebbe non valere con riguardo alla fattispecie relative alla sua circolazione: così come oggi, infatti, laddove quest’ultima venga ammessa, non richiede il rispetto di ulteriori requisiti di forma<sup>578</sup>.

## 9. Il percorso ricostruttivo di un’idea.

Si è già detto che le specie di possesso sono tante quanti sono i titoli di acquisto di ciò che è nostro, come si evince dal frammento contenuto in:

Paul 54. *ad. ed. D. 41.2.3.21: Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae*

---

<sup>576</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, voce *Negozi giuridico (dir. rom.)*, cit., 906 ss.

<sup>577</sup> In questo senso A. SCHIAVONE, voce *Negozi giuridico (dir. rom.)*, cit., 906 ss.

<sup>578</sup> Il contratto atipico di vendita del possesso che si è individuato nel capitolo precedente non richiede il rispetto di particolari requisiti di forma. Cfr. *supra*, § 18.

*dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*<sup>579</sup>.

È necessario tenere a mente, ripercorrendo le parole di Paolo, che – di regola – le fattispecie acquisitive del possesso coincidono con quelle relative all’acquisto della proprietà, o per meglio dire, che il trasferimento del possesso si sovrappone con quello relativo al dominio.

In particolare, si parla di acquisto del possesso solo in forza del consenso con riguardo alle figure – giù viste – di *traditio brevi manu*, *consitutum possessorio*, c.d. *communicatio tacita* e delegazione di dare; pur tuttavia, è sempre necessario distinguere proprietà e possesso<sup>580</sup>.

Una prima fondamentale fonte viene in rilievo nella nostra indagine, non solo con riguardo al profilo della circolazione del possesso – attraverso lo strumento del contratto di vendita – ma anche per quanto concerne la seconda parte del presente lavoro che attiene al profilo – ancora oggi discusso – della natura giuridica del possesso.

Avendo circoscritto l’attenzione all’acquisto derivativo, una prima rilevante acquisizione deriva dal frammento contenuto in:

---

<sup>579</sup> Cfr. A. WATSON, *The Law of property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, 63 s.; G. MAC CORMACK, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, in *BIDR*, XIV-XV, 1972-1973, 71 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, 224; di recente, A.J.B. SIRKS, *Causae acquirendi eius quod nostrum non sit* (D. 41,2,3,21): ‘*rechtmäßiger eigenbesitz*’?, in *The Legal History review*, 2014, 209 ss.; E. POOL, *Significati diversi di causa in tema di possessio e di usucapio. Interpretazioni di qualche testo chiave*, in *AUPA*, LIX, 2016, 63 ss.

<sup>580</sup> V. Ulp. 70 *ad ed.* D. 41.2.12.1: *Nil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*; Ulp. 5 *de omnibus trib.* 41.2.35: *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet iudex, uter possideat: ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur et tunc de dominio quaeratur*; Iav. 5 *ex post.* Lab. D. 41.2.51: *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuisssem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essentiarum sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nibilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*

Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1: *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*<sup>581</sup>.

Secondo il pensiero di Paolo, il possesso può essere correttamente venduto data l'affermazione della sua autonomia patrimoniale.

Si tratta di un frammento che riveste la sua fondamentale importanza nella prospettiva d'indagine individuata, ovvero quella della comparazione diacronica che si vuole concentrare maggiormente sul concetto di attribuzione patrimoniale che si realizza a seguito del trasferimento negoziale del possesso.

In particolare, rileva l'inciso «*venditio recte fit omnium rerum quas quis possidere*», nel quale Paolo precisa a chiare lettere che possono costituire oggetto di vendita sia tutte quelle cose di cui uno ha la proprietà (*habere*), sia quelle oggetto di possesso (*possidere*), sia, infine, quelle che si perseguono in giudizio (*persequi*). Prosegue qualificando come nulla la vendita delle cose che non sono suscettibili di atti di disposizione patrimoniale in base alla loro natura, al *ius gentium* ovvero ai costumi di una città.

Appare indubbio il riferimento ai contorni del nostro tema, per cui potrebbe condursi un ragionamento nei termini seguenti: la vendita è sicuramente qualificabile come atto di disposizione del patrimonio; le cose oggetto di possesso costituiscono sicuramente beni idonei a essere oggetto di disposizione; la 'vendita del possesso' è quindi un atto – ammesso dall'ordinamento – di disposizione patrimoniale.

Inoltre, la compravendita è pur sempre un negozio giuridico consensuale – un contratto obbligatorio che si perfeziona in forza del semplice consenso delle parti – per cui è la sola manifestazione di volontà dei contraenti idonea a produrre l'effetto voluto, nel caso di specie a far circolare il possesso.

Si può aggiungere – al fine di completare lo sfondo di riferimento – che la fattispecie cui si è appena fatto riferimento integra una valida – e lecita – disposizione del possesso:

---

<sup>581</sup> S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, cit., 90 ss.

Paul. 63 *ad ed. D. 41.2.5: Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es: aequae si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.*

È ancora Paolo a precisare che al fine di aversi vendita del possesso – e non usurpazione dello stesso – occorre che la presa di possesso derivi dal consenso del dante causa: deve trattarsi di una disposizione legittima dello stesso e non di un trasferimento illecito posto in essere senza il consenso del titolare della situazione possessoria. In altri termini, nella disamina delle ipotesi di circolazione del possesso quella riconducibili al consenso è ritenuta valida ed efficace.

Tuttavia, deve trattarsi di un consenso idoneo a trasferire il possesso:

Ulp. 69 *ad ed. D. 41.2.10.1: Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit*<sup>582</sup>.

Ulpiano, citando Pomponio, ritiene infatti che si può possedere per diverse cause, ma per potersi parlare di acquisto del possesso bisogna fare riferimento alla volontà delle parti; deve quindi trattarsi di una volontà integrativa di un vero e proprio atto di disposizione in quanto *possidere* ovvero acquistare da altri il possesso è diverso da *in possessione esset*.

Ricostruito in questi termini lo sfondo del nostro ragionamento, proviamo a vedere da vicino le fonti da cui emerge una disposizione negoziale del possesso, anticipando che il percorso riguarderà fonti riconducibili in primo luogo all'area tematica della compravendita, in secondo luogo quella del possesso.

#### 10. *Mancipatio: actio auctoritatis* e trasferimento del possesso garantito.

---

<sup>582</sup> Cfr. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio, II, Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 289; P. BIAVASCHI, *Ricerche sul praecarium*, Milano, 2006, 267.

La categoria dell'acquisto derivativo richiama in primo luogo l'istituto della *mancipatio* che, indagata con riguardo alla natura e agli effetti, permette da un lato di mettere a fuoco gli strumenti giuridici attraverso i quali si realizzava il trapasso della proprietà, dall'altro consente di comprendere il perché l'ordinamento romano ha sostituito un sistema di vendita reale con un sistema di vendita obbligatoria.

In particolare, l'attenzione deve essere posta all'idea che sta alla base dello strumento della *mancipatio*: «il vero è che le incertezze della ricostruzione storica derivano soprattutto da ciò che le indagini vengono condotte utilizzando gli strumenti concettuali moderni (diritto soggettivo, negozio giuridico, consenso traslativo). Più che discutere in astratto sul momento di trasferimento del diritto, occorre analizzare in concreto gli strumenti giuridici connessi alle vicende di alienazione, prescindendo dal patrimonio concettuale moderno»<sup>583</sup>.

Brevemente, per *mancipatio* si intende lo strumento traslativo del *dominium ex iure Quiritium* che si manifesta nello scambio immediato di cosa contro prezzo, prevendendo all'interno della propria struttura il contestuale pagamento del prezzo<sup>584</sup>.

La causalità della *mancipatio* in termini di atto di trasferimento della proprietà si coglie nell'esplicazione al momento del suo perfezionamento di tale causa di vendita, quindi nel pagamento di prezzo<sup>585</sup>.

Infatti, «le fonti dell'epoca classica presentano la *mancipatio* (chiamata anche *mancipium*) come il modo formale di trasferimento delle sole *res Mancipi* e come un *actus legitimus* (cui non possono apporsi condizioni o termini), il quale può essere compiuto dai soli cittadini romani o da coloro che hanno il *ius commercii*: per i pupilli e le donne è richiesta l'*auctoritas* del tutore»<sup>586</sup>.

---

<sup>583</sup> Si tratta di evidenziare un dato che anche all'interno di un'indagine di diritto civile viene rilevato. Cfr. in questo senso E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 32.

<sup>584</sup> Si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 200 ss. L'attenzione si focalizzerà quindi sulla funzione di mezzo di trasferimento della proprietà a titolo oneroso, lasciando a margine le ulteriori applicazioni come mezzo per acquistare la *potestas* su persone o come *mancipatio familiae* per disporre della propria successione. In tema di *mancipatio*

<sup>585</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 194.

<sup>586</sup> Cfr. E. VOLTERRA, voce *Mancipatio*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1957, 97 ss.

Per quanto concerne la forma viene descritta dalle famose parole di Gaio come *imaginaria venditio*<sup>587</sup>: Gai, 1.119: *Est autem Mancipatio imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.*

In particolare, si crea un rito intriso di simbolismo: accadeva che il *mancipio accipiens* – alla presenza di almeno cinque testimoni, cittadini romani puberi, e del *libripens* – una volta afferrata la cosa dichiarava secondo le parole dello stesso Gaio ‘*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto*’, quindi affermava solennemente che la cosa – lo schiavo nel caso di specie – doveva ritenersi ‘acquistata’ secondo il diritto dei Quiriti con questo bronzo e con questa bilancia.

La forma più antica di compravendita reale, con l’affermarsi della moneta coniata, viene assorbita nelle *obligationes consensu contractae* per cui era sufficiente il mero consenso a far sorgere obbligazioni in capo alle parti; la *mancipatio*, quindi, viene adibita a negozio giuridico formale astratto produttivo di ben individuati effetti giuridici.

In dottrina si ritiene che «collegare ad un mutamento economico-politico, quale la coniazione statale della moneta, una modificazione funzionale della *mancipatio* – non più solo vendita, ma modo di acquisto della proprietà – non appare rispondente alla identità funzionale ed alla evoluzione storica dell’istituto. Non solo, come osserva bene Gallo, ‘è come dire che i venditori, per il fatto che la moneta non si pesava più ma si contava, non pretesero più il pagamento del prezzo contestualmente al trasferimento delle proprietà sulla cosa’. Ma, così ritenendo, si contraddice la giusta premessa secondo cui, già in precedenza, quanto la moneta si pesava, l’istituto assolveva alla funzione di trasferire la proprietà anche per cause diverse dalla vendita, e anche non onerose»<sup>588</sup>.

<sup>587</sup> In tale schema si è detto di rinvenire una fattispecie di *occupatio* da parte del *mancipio accipiens* cui faceva seguito una rinuncia traslativa da parte del *mancipio dans*.

<sup>588</sup> Cfr. S. ROMEO, *L’appartenenza L’appartenenza e l’alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 181. Ancora, v. C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita*

In particolare, oltre a quello di trasferire il *dominium ex iure Quiritium* – effetto traslativo –, sorgeva senza necessità di apposita convenzione l’obbligo – l’effetto obbligatorio – in capo al ‘venditore’ di garantire per l’evizione: in forza dell’*auctoritas*, l’alienante era obbligato ad assistere in giudizio il ‘compratore’ che fosse stato convenuto in giudizio da un terzo che avesse contestato la proprietà della *res* oggetto di *mancipatio*, corrispondendo il doppio del prezzo pagato nel caso di effettiva evizione.

Dal punto di vista processuale, il contenuto dell’obbligo si ricava dall’*actio auctoritatis* (titolo privato di acquisto della proprietà) concessa a favore dell’acquirente nei confronti dell’alienante di un bene oggetto di contestazione alla quale si sarebbe potuta opporre solo l’intervenuta usucapione (titolo pubblico di acquisto della proprietà). L’*auctoritas* costituiva quindi il fondamento della garanzia per evizione in quanto idonea a legittimare la dichiarazione unilaterale da parte del *mancipio accipiens* al fine di realizzare la fattispecie acquisitiva.<sup>589</sup>

È indubbio che l’attenzione debba focalizzarsi sul profilo di unilateralità dell’acquisto, ma nell’epoca degli scambi «non poteva più bastare: essa rimaneva nella forma, nella impostazione del rito, ma è ben chiaro che il rapporto di scambio economico non poteva non trovare riscontro negli effetti giuridici. Nella *mancipatio* c’è una bilateralità sicuramente intuita, ma espressa, se si vuole, rozzamente»<sup>590</sup>.

Quello che occorre evidenziare, al fine di riprendere il filo conduttore dell’indagine, è la presenza all’interno del negozio giuridico di *mancipatio* di un atto di disposizione che ha natura consensuale: l’effetto essenziale era quello di trasferire – in

---

e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. *Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 82.

<sup>589</sup> Vi sono numerosi tesi nei quali il termine *auctor* rinvia al dante causa come colui dal quale si è acquistata la *res*, senza alcun richiamo al concetto di garanzia: si veda Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.4: *Item videamus, si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit, quid iuris sit. Et ait Pomponius posse te ei denuntiare et vites praecidere, idque et Labeo scribit, aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas vel transducas, vim tibi facere videtur, quo minus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius*; Pap. 3 *resp.* D. 19.1.4.1: *In venditione super annua pensatione pro aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque, si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.*

<sup>590</sup> In questo senso, E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, cit., 45.

capo al *mancipio accipiens* – il possesso della cosa con la garanzia della non turbativa del possesso medesimo.

L'effetto obbligatorio in capo all'alienante era infatti strettamente ricollegato alla privazione della materiale disponibilità della *res*, non all'accertamento della titolarità della cosa in capo ad un soggetto terzo.

Spostando l'attenzione alle fonti, la peculiarità della funzione della garanzia per evizione di ricava da alcuni noti passi:

Pomp. 9 *ad Sab.* D. 21.2.16.pr-1: *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur.*  
1. *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est*<sup>591</sup>.

Nella seconda parte del frammento, Pomponio si concentra sul concetto di evizione, dal quale si evince uno dei modelli operativi di trasferimento di una situazione possessoria.

---

<sup>591</sup> Il frammento si inserisce, come noto, sul funzionamento del fenomeno evizionale in diritto romano. In termini generali, A. DE MEDIO, *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XVI, 1904, 5 ss.; A. CALONGE, *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968; M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 401 s.; A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 597 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 721 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1048 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960; H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico. (La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all'evizione: 'actio de aucto-riatate', 'actio ex stipulatu' basata su una 'stipulatio de evictione' e 'actio empti')*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, II, 610 ss.; A. WACKE, *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparadocit.*, 157 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, cit., 297 ss. W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 277 ss.; ID., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 245 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, cit., 359 ss.



In particolare, Pomponio ritiene che l'essenza propria del fenomeno evizionale deve essere verificata nel momento in cui il compratore abbia dovuto restituire la *res* e non nella sconfitta del compratore in giudizio; in altri termini, la soccombenza nel giudizio di rivendica intentato da un terzo nei confronti dell'alienante si verifica solo all'esito del giudizio che implica la *restitutio*, ovvero la perdita della concreta disponibilità materiale della *res*<sup>592</sup>.

Ancora:

Ulp. 29 *ad Sab.* D. 21.2.21.pr-1: *Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit. 1. Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem*<sup>593</sup>.

È Ulpiano che, di seguito a quanto affermato da Pomponio, ribadisce il contenuto tipico della garanzia per evizione: rileva l'inciso '*quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem*' nel quale particolare attenzione va posta all'elemento della *amissio rei*, ovvero la perdita della cosa quale fatto che si sostanzia nell'interruzione della relazione materiale tra l'acquirente e la cosa oggetto di trasferimento<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., in specie 281 nt. 3: «l'evizione in diritto romano rimane sempre collocata nella dimensione processuale: di regola, si è in presenza di un giudizio nel quale si assiste alla soccombenza dell'acquirente possessore convenuto e alla vittoria del terzo che abbia fatto valere il diritto di proprietà o altro diritto reale; tuttavia, può verificarsi una forma di evizione che potremmo definire 'invertita', allorché – come in D. 21.2.16.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*) – a subire evizione (in senso sostanziale) sia l'acquirente non possessore attore, risultato soccombente in giudizio».

<sup>593</sup> Come il frammento precedente si inserisce nell'approfondimento del fenomeno evizionale. Cfr. *supra* nt. 591.

<sup>594</sup> A contrario, infatti, come si ricava dal frammento contenuto in Pomp. 11 *ad Sab.* D. 21.2.29: *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem. 1. Si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita [ ] autem utiliter non poterit, vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed*

Sotto questo profilo specifico, anche in uno'ottica di comparazione diacronica, emerge che «lo spossessamento evizionale è l'unica configurazione di torto propria delle alienazioni. (...) Lo spostamento intersoggettivo della tutela giuridica si realizza in modo progressivo in relazione al fatto continuato del possesso garantito»<sup>595</sup>.

Si può quindi ricavare l'idea che nelle fonti classiche non è solo l'esistenza di un diritto altrui sulla *res* – quale ipotesi più frequente – a far scattare la responsabilità in capo all'alienante: ciò che occorre è aver privato il soggetto acquirente del possesso sulla cosa.

L'evoluzione storica degli istituti non muta l'essenza dell'evizione, ma permette di prendere in considerazione – al fine di far valere la responsabilità del venditore – ipotesi ritenute equivalenti: «nel concetto di evizione insomma, si riflette l'evoluzione della struttura e della efficacia della compravendita e può essere rilevata la sua tendenza a coprire tutta l'area della lesione delle aspettative contrattuali del compratore»<sup>596</sup>, ieri come oggi.

#### 11. Differenze tra derivatività dell'acquisto e costituzione di un nuovo possesso.

Il punto di partenza sulla qualificazione della tipologia di acquisto cui si dà luogo con la *mancipatio* deve rinvenirsi nell'analisi proposta dal De Francisci nelle sue principali opere<sup>597</sup>.

---

*ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit. 2. Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat, l'evizione non può farsi valere se il compratore ha avuto la possibilità di realizzare il proprio acquisto per il tramite del possesso ad usucapionem.*

<sup>595</sup> Cfr. E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, cit., 59.

<sup>596</sup> Cfr. E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, cit., 65.

<sup>597</sup> P. DE FRANCISCI, *Tranlatio domini*, Milano, 1921; ID., *Il trasferimento della proprietà*, cit., 2, il quale propone un «saggio di applicazione dell'analisi storica sia alle concezioni romane intorno all'acquisto della proprietà nei modi detti, dai moderni, derivativi, sia alla formazione del concetto del trasferimento della proprietà, al quale si adatta perfettamente l'osservazione del von Tuhr, che "...il concetto del trasferimento del diritto non è il prodotto di una necessità logica, ma il risultato di uno sviluppo storico del pensiero dogmatico. (...) Io voglio invece considerare la questione dal punto di vista storico, voglio ricercare, se nel cosiddetto acquisto derivativo della proprietà, l'ordinamento positivo e la dottrina

De Francisci infatti mira a escludere che i Romani conoscessero ed utilizzassero il concetto di trasferimento, ovvero l'idea del passaggio di un diritto – la proprietà – da un soggetto ad un altro; a contrario, era nota l'idea per cui l'acquirente 'acquistava' – *rectius* sorgeva in capo a lui – un diritto nuovo, diverso da quello dell'alienante.

Attraverso un'esaustiva analisi storica delle fonti che abbraccia tutte le fasi dell'evoluzione del diritto privato romano, l'Autore, espandendo la portata applicativa delle ricostruzioni teoriche di Jhering e Betti sul carattere materialistico del diritto romano primitivo, propende per una conclusione piuttosto radicale: gli esiti cui si è pervenuti in materia di trasferimento della proprietà non sono di matrice classica, ma hanno un carattere prettamente bizantino.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere la profonda indagine condotta con riguardo ad un tema così vasto; occorre però puntualizzare che, per addivenire ad una conclusione di tal genere, resta implicita la considerazione per cui, prima di escludere l'appartenenza di un concetto ad un sistema giuridico, occorre che esso sia sperimentato al suo interno, quindi *in primis* occorre che sia definito.

In particolare, il concetto di trasferimento per essere escluso dal sistema dall'ordinamento giuridico romano deve essere prima spiegato e, in questa direzione, si coglie la prima critica proposta da Gallo alla costruzione del Maestro.

L'antagonista Gallo argomenta in questi termini: «non ci pare infatti costituiscano una sufficiente determinazione di tale concetto né la sua sostanziale equiparazione alle nozioni di acquisto derivativo (...), né il rilievo che esso sarebbe caratterizzato dalla identità di posizione del cedente e dell'acquirente. (...). Ma anche indipendentemente da ciò non ci paiono troppo felicemente posti, nella sua opera, sotto il profilo storico, i rapporti tra i concetti di trasferimento e di successione particolare, e tra entrambi e quello di acquisto derivativo»<sup>598</sup>.

---

romana classica si valessero di questo concetto della *transaltio dominii*, e, nel caso in cui la risposta sia negativa, voglio vedere di determinare quando e come quella costruzione sia sorta: ciò per dimostrare ancora una volta come le categorie della dogmatica siano contingenti e relative, non necessarie ed eterne, e come taluni concetti che la moderna scienza rifiuta e che furono per secoli vittoriosi non sono affatto da attribuire alla dottrina classica romana che sorse e si sviluppò senza far ricorso a quelle costruzioni».

<sup>598</sup> Cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 29, in specie nt. 45.

Secondo Gallo quindi gli esiti cui è pervenuto De Francisci – nella direzione di escludere il concetto di successione *inter vivos* a titolo particolare – non avrebbero un fondamento storico: «tali conclusioni non ci sembrano imposte né dalla particolare struttura degli atti traslativi o dalle caratteristiche del *dominium* nell'epoca classica, né come abbiamo già visto in massima parte, dal linguaggio usato in tale epoca dai giureconsulti per raffigurare unitariamente il fenomeno del trasferimento, né infine dalla stessa formulazione di tale fenomeno, quale egli enuncia, per diritto romano»<sup>599</sup>.

Per cogliere in che misura tali argomentazioni si intrecciano con la nostra materia, bisogna porre l'attenzione al concetto di trasferimento della proprietà.

In particolare, quest'ultimo concetto – in un perfetto parallelismo con quanto sarà descritto in relazione alla *traditio* – era conosciuto con riguardo alle fonti classiche attraverso il fenomeno della consegna, ovvero la messa a disposizione di una cosa da parte di un soggetto e nella correlativa accettazione o apprensione della cosa medesima da parte di un altro soggetto. Tale operazione, comportando l'effetto del venire meno del diritto in capo al venditore e il sorgere di un nuovo diritto – la proprietà – in capo al compratore<sup>600</sup>, rappresentava la concretizzazione dell'idea del trasferimento.

Ciò che deve essere sottolineato è che la consegna non finisce per coincidere con il solo concetto di tradizione materiale di una cosa, ma deve estendersi fino a ricomprendere anche la realtà del negozio che la concreta

Tuttavia, ciò che risulta difficile concepire è il fatto che il momento dell'acquisto del diritto debba essere fatto coincidere con l'atto unilaterale di presa di possesso da parte dell'*accipiens*, ovvero che il 'momento unilaterale' fosse quello rilevante anche negli acquisti a titolo derivativo – e non solo in quelli a titolo originario – ai fini del perfezionamento di una fattispecie acquisitiva<sup>601</sup>.

Ne deriva che, accogliendo la tesi proposta da De Francisci, si può ritenere classico il concetto di *tradere possessionem* tipico di tutte le fattispecie di alienazione individuate dalle fonti classiche, giustiniano invece il concetto di *tradere rem* che, secondo Gallo, è l'unico riconducibile originariamente alle fonti. Ne consegue che i

---

<sup>599</sup> Cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 53 s.

<sup>600</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Translatio domini*, cit.; ID., *Il trasferimento della proprietà*, cit.

<sup>601</sup> Cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 29 ss.

Romani conoscessero non solo il fenomeno dell'acquisto derivativo della proprietà, ma anche quello relativo al possesso.

In altri termini, la moderna categoria di acquisto a titolo derivativo viene ricondotta anche ad atti di alienazione formalmente unilaterali ma sostanzialmente bilaterali, come la *mancipatio*, per cui si può applicare al fine di spiegare fattispecie di acquisto della proprietà per il tramite del trasferimento del possesso garantito.

È questa una chiave interpretativa del fenomeno che abbiamo definito disposizione negoziale del possesso: è sempre una manifestazione di volontà che indice – facendola circolare – su una situazione possessoria.

Quest'ultima espressione non vuole indicare tecnicamente una particolare tipologia di possesso, ma è il frutto dell'indagine condotta sui meccanismi operativi del trasferimento *inter vivos* di una situazione giuridica. Nel caso di specie si fa riferimento, senza dubbio, ad un possesso diverso da quello ritenuto idoneo a condurre all'acquisto a titolo originario tramite l'usucapione, era ritenuto adatto ad essere trasferito all'interno delle differenti ipotesi negoziali di circolazione dei beni<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup> Nel capitolo precedente si è fatto riferimento allo schema della rinuncia traslativa in relazione ad una delle teorie proposte dalla dottrina più recente al fine di ritenere ammissibile la circolazione del possesso: la suddetta tesi, come visto, si basa sul presupposto che non esiste infatti una disposizione volta a vietare la rinuncia alla tutela del possesso; da ciò si può ricavare quindi che sia possibile, tramite contratto, che il dante causa rinunci – dietro corrispettivo o a titolo gratuito – ad esercitare la tutela possessoria nei confronti dell'avente causa che subentri nel possesso, acquistando quindi un credito a non veder leso il proprio possesso. Cfr. in questo senso U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992; S. PUGLIATTI, *Animus*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 127 ss. T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, 129 ss.; P. PERLINGERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notar.*, 1968, 346 ss.; A. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940. Più di recente, G. GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 703 ss. Lo spunto interessante dal punto di vista strutturale è dato dallo schema della rinuncia traslativa che differisce dalla rinuncia abdicativa. Cfr. L. BARASSI, *Istituzioni*, cit., 152; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 169 s; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 55, in specie nt. 6. Se il parallelismo è infatti con gli atti di acquisto a titolo derivativo propri del diritto romano – *traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio* – non vi è alcun dubbio che l'alienante partecipava attivamente – nel senso che la sua condotta aveva un preciso significato giuridico – al compimento dell'atto medesimo. In particolare, nella *traditio* il fatto materiale della consegna della cosa veniva espresso nelle parole dei giuristi facendo riferimento alla sola persona del cedente posto che il «correlativo comportamento dell'acquirente (accettazione, adprehensio) vi appariva meramente presupposto». In questo senso F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 65. A questo requisito deve ovviamente aggiungersi quello

## 12. La *traditio* e il trasferimento della *vacua possessio*.

Quando si tratta di acquisto derivativo del possesso viene in rilievo – in secondo luogo – l'istituto della *traditio* che, in via di prima approssimazione, può essere definito quale modo normale di trasmissione, quindi di acquisto, del possesso<sup>603</sup>.

In particolare, per usare le parole di Bonfante, la *traditio* era definita come «la consegna, o, in genere, la messa a disposizione della cosa con l'intenzione di rinunciare a favore di altri e rispettivamente di ricevere la signoria della cosa stessa – la *possessio* – fatta sulla base di un rapporto che la legge riconosce atto a giustificare il trasferimento del dominio; (...) opera quindi il trasferimento della proprietà attraverso il trasferimento del possesso»<sup>604</sup>.

La *traditio* era conosciuta a Roma sin dall'età arcaica: Gaio la contrassegnava come istituto di *iuris naturalis*<sup>605</sup>; fu estesa ai peregrini, diventando quindi fruibile anche

---

del nesso di interdipendenza causale tra i due momenti di perdita e di acquisto del diritto. In altri termini, l'essenza di tale schema negoziale è rinvenibile proprio nel concetto di trasferimento. Ancora, nella *mancipatio* – così come nella *in iure cessio* – è possibile recuperare lo schema della rinuncia traslativa sul presupposto della preminenza della posizione dell'acquirente, pur venendo considerata dai Romani come un'unica vicenda traslativa in grado di esprimere tutta la sua pregnanza giuridica nel concetto di evizione (il riferimento va all'espressione *rem mancipare*). Solo la perdita della relazione materiale della cosa – e non il mancato trasferimento del diritto – è idonea a far scattare la responsabilità del *mancipio dans* (e del venditore, come si avrà modo di verificare), per cui può dirsi che sono eventi di natura possessoria e non relativi alla titolarità formale di una situazione giuridica che integrano la tutela dell'acquirente.

<sup>603</sup> In termini generali sull'istituto della *traditio* si veda S. PEROZZI, *La tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica. Studi di Silvio Perozzi*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1886, 1 ss.; S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in *ZSS*, 33, 1912, 259 ss.; C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942; L. LABRUNA, *Tradere ed altri studii*, in *Seminarios Complutenses de derecho Romano*, IX-X, 1997-1998, 133 ss; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, cit., 265 ss.

<sup>604</sup> Questa è la definizione che si rinviene in P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, cit., 203 s.

<sup>605</sup> V. Gai 2.65; I. 2.1.40 che coincide con Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.3. Secondo C. A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, 304, '*naturalis*' avrebbe un valore antropologico, equivalente a 'dettato dalla natura'. C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, 4 ss., sottolinea il concetto primordiale

ai non cittadini. Essa era un atto informale: ciascuna delle parti poteva optare per la forma che più si adattava al proprio caso<sup>606</sup> e, in quanto atto di trasferimento del possesso, non poteva che concernere cose corporali<sup>607</sup>.

In termini di consegna materiale della cosa – già dall'etimologia si percepisce la materialità dell'azione poiché *tradere* deriva da *trans-dare*, letteralmente 'dare oltre' – è di per sé un modo di trasferimento sia di *res nec Mancipi* che di *res Mancipi*, distinzione chiave nel sistema di circolazione della ricchezza proprio del mondo romano.

Al sussistere di determinati requisiti, essa era idonea a produrre anche effetti traslativi: in particolare, era in grado di trasferire in capo all'*accipiens* sia la detenzione<sup>608</sup>, sia il possesso<sup>609</sup>, sia la proprietà<sup>610</sup>.

---

del trapasso da mano a mano, che «ha in sé un significato così vivo, un'immediata naturalezza» su cui i giuristi mai ritennero di soffermarsi.

<sup>606</sup> Per quanto concerne il rapporto tra la *traditio* – con riguardo alla forma – e ulteriori funzioni si v. P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 23.

<sup>607</sup> Cfr. Gai. 7 *ad ed. provinc.* D. 41.1.43.1: *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*. Secondo M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1994, 330 s., quest'ambito di applicazione era in armonia con la struttura dell'atto: una consegna, infatti, non è propriamente concepibile che per cose materiali e non per diritti soggettivi o *iura*. Invero, si hanno indizi che fino all'età classica l'oggetto del possesso fosse più ampio delle cose corporali, comprendendo tutto ciò che potesse costituire oggetto di *vindicatio*. Sul punto A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., in specie 457.

<sup>608</sup> Numerose sono le fonti in questo senso. Cfr. Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.9.12; Iul. in Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.37; Iul. 3 *ad urs. ferocem.* D. 13.6.20; Alf. 5 *Dig. a Paulo epit.* D. 19.2.31; Gai. 6 *ad l. XII tab.* D. 50.16.238.2.

<sup>609</sup> A tal fine occorre l'ulteriore requisito dell'*animus adipiscendi possessionem*, su cui vedi oltre.

<sup>610</sup> L'effetto che realizzava – sul terreno del *ius civile* – era quello di immissione nella materiale disponibilità della cosa e si diversificava a seconda della *res tradita*: per i beni mobili, era necessario il passaggio della cosa da mano a mano; in alcuni casi nell'apposizione di un custode, su invito dell'alienante (Iav. 5 *ex post. lab.* D. 41.2.51), ovvero, in caso di merci, nella consegna delle chiavi del magazzino in cui erano collocate (Pap. 1 *def.* D. 18.1.74). Per i beni immobili, vi sono differenti opinioni: originariamente, si richiedeva che l'*accipiens* calpestasse tutte le zolle del fondo (Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.1); in seguito, invece, si ritenne sufficiente l'abbandono del bene nel momento in cui vi faceva ingresso l'acquirente (Labeo 4 *post. a Iav. epit.* D. 18.1.78.1), ovvero l'accesso ad esso direttamente su sua istanza o dietro invito dell'alienante (Pomp. 32 *ad Sab.* D. 41.2.33). Nelle fonti le espressioni che si rinvenivano sono quelle di *inducere, mittere in possessionem*. Cfr. P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, 4 s., precisa che

Per realizzare il trasferimento della proprietà – e affiancarsi quindi agli ulteriori strumenti di acquisto derivativo del *dominium ex iure Quiritium*, quali *mancipatio* e *in iure cessio* – dovevano però concorrere cinque elementi<sup>611</sup>: in primo luogo, occorreva un atto materiale di trasferimento su *res Mancipi* e *nec Mancipi*.

In secondo luogo, occorreva l'intenzione delle parti di trasferire effettivamente il possesso<sup>612</sup>. Questa tesi non è condivisa da tutta la dottrina: da un lato, non si reputa necessaria l'intenzione reciproca dei contraenti<sup>613</sup>; dall'altro, secondo una tesi intermedia, si ritiene necessario e sufficiente il solo proposito del tradente di alienare, mentre non rileva lo scopo perseguito dall'*accipiens*, ossia l'acquisto<sup>614</sup>.

Il requisito dell'*animus*, con lo spiritualizzarsi dell'atto in questione, ha assunto sempre maggiore rilevanza: è stato infatti evidenziato che si è finiti col ricomprendere anche una *traditio simbolica*, dovendo distinguere i casi nei quali vi era pur sempre una consegna materiale della cosa, da quelli invece nei quali non emerge alcuna consegna<sup>615</sup>.

---

*inducere in vacuam possessionem* indica che il tradente, di persona o per mezzo di altri, introduce l'*accipiens* nell'immobile, mentre *mittere in vacuam possessionem* significa che il tradente autorizza l'accipiente a immettersi da solo nel possesso.

<sup>611</sup> Cfr. L. ARU, voce *Traditio* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, Torino, 465 s.

<sup>612</sup> Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, 244 ss.; P. BONFANTE, *Corso*, II, cit., 239; L. ARU, voce *Traditio*, cit., 465; S. PUGLIATTI, *Animus*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 148 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 305. Le fonti riferite a quest'impostazione sono Lab. 5 *post a Iav. epit.* D. 18.1.80.3; Ulp. 31 *ad Sab.* D. 23.3.9.3; Paul. 15 *ad Sab.* D. 39.5.10; Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.8; Iav. 12 *epist.* D. 44.7.55.

<sup>613</sup> Cfr. Paul. I.S. *de iuris et facti ign.* D. 22.6.9.4; Iul. 42 *dig.* D. 40.2.4.1; I. 2.20.11. Sul punto si v. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931, in specie 171.

<sup>614</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Della tradizione: suo concetto e natura giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, a cura di U. Brasiello, Milano, 1948, 197 ss., che la rintraccia in Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.3 ss.; Pomp. 11 *ad Sab.* D. 41.1.21.1.

<sup>615</sup> La terminologia che si contrappone è la seguente: *traditio effectiva* e *traditio ficta*. Cfr. S. RICCOBONO, *Traditio Ficta*, in *ZSS*, XXXIII, 1912, 259 ss., continuata in *ZSS*, 1913, 159 ss. Rientrano nella prima categoria: a) *adprehensio corpore et tactu*; b) apprensione mediante contrassegno dell'oggetto; c) *traditio longa manu*; d) *traditio clavium apud horrea*; e) apprensione a mezzo di intermediario; f) *traditio brevi manu*; g) *constitutum possessorium*. Rientrano, invece, nella categoria – creata dai giustinianeî – i seguenti casi: a) *traditio instrumentorum* b) *professio censualis*; c) *subscriptio instrumentorum*; d) *reservatio ususfructus*; f) *donatio, venditio facta ecclesiis*. Tra tutte queste ipotesi individuate, meritano particolare attenzione quelle elaborate dalla scuola proculiana della *traditio brevi manu* e del *constitutum possessorium*, giunte pressoché intatte fino ad oggi. La prima consisteva nell'indicazione e conseguente apprensione a distanza e, secondo alcune fonti, necessitava della presenza della cosa. Cfr. Iav. 10 *epist.* D. 46.3.79; Cels. 23 *dig.* 41.2.18.2. La *traditio*



Nel mettere a fuoco questo requisito si coglie l'aspetto più peculiare della *traditio*, quale concetto tipicamente relazionale: in particolare, la relazione implicata fa riferimento alle situazioni possessorie, la cui modificazione può significare «un mutamento nel modo di concepire quella consegna che rispetto ad esse veniva descritta»<sup>616</sup>.

Si tratta di una considerazione che trova la propria piena giustificazione sia con riguardo all'ordinamento giuridico romano – caratterizzato, come si è detto, da una progressiva spiritualizzazione della stessa *traditio* –, che con riguardo all'ordinamento vigente nel quale «i modi concreti di svolgimento dei rapporti di scambio tendono a ridurre l'interesse del possesso e della stessa proprietà», puntualizzandosi «sulle operazioni contrattuali in virtù delle quali si svolge la vicenda economica»<sup>617</sup>. Ne consegue quindi che a seconda del rapporto in rilievo la situazione di appartenenza

---

*brevi manu*, invece, era già riconosciuta come acquisto del possesso nel diritto classico per opera dei Proculiani. L'origine del nome si deve a Ulp. 3 *disp.* 23.3.43.1. Secondo L. ARU, voce *Traditio* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 469, si trattava forse di una figura antica, certamente anteriore alla costituzione di Severo e Caracalla (C. 8.53.1) che riconosceva l'efficacia della *traditio* mediante semplice consegna del documento giustificativo della proprietà, mentre i Sabiniani si ostinavano nel richiedere un *contractare*, un *loco movere*, per il trasferimento del possesso. V. Ulp. 26 *ad ed.* 12.1.9.9. P. BONFANTE, *Corso*, II, cit., 218, rileva, tuttavia, che esista un testo sabiniano (Gai D. 41.1.9.5 e Cels. D. 21.2.61) in cui la trasmissione del diritto avviene per «*nuda voluntas, sine traditione*», e da ciò si potrebbe dedurre che questi studiosi non applicassero il concetto di traslazione del possesso, ma riconoscessero il solo trasferimento della proprietà, ma il testo appare interpolato. Accanto a questa figura stava, nello stesso significato odierno, il costituito possessorio, il cui abuso portò, secondo gli storici, alla demolizione della *traditio* e al riconoscimento del principio del consenso traslativo. In passato si dubitava che fosse una modalità conosciuta dai giureconsulti classici, ma la dottrina odierna ne certifica unanime la presenza nel diritto teodosiano e giustiniano. In quest'età, infatti, il requisito della messa a disposizione della res implicante la trasmissione del possesso iniziò a vacillare per l'influsso esercitato dagli ambienti ellenistici che ignoravano la distinzione tra contratto obbligatorio e contratto traslativo della proprietà.

<sup>616</sup> Cfr. C. ANGELICI, voce *Consegna*, cit., 134.

<sup>617</sup> Cfr. C. ANGELICI, voce *Consegna*, cit., 134. Si tratta di una considerazione che deve essere coordinata con quanto affermato in precedenza con riguardo alle istanze provenienti oggi da una parte della dottrina – che proprio sul valore economico dei beni fonda la circolazione del possesso – e soprattutto dalla giurisprudenza europea – CEDU – che ribadisce la necessità di spostare l'attenzione dal profilo relativo al diritto di proprietà, in termini di prospettiva formale che pone al centro dell'attenzione ancora il titolo di legittimazione, al profilo strutturale, quindi al contratto volto a realizzare proprio quella causa di scambio. In questa direzione, il possesso a mio parere più che perdere centralità ne acquista.

coinvolta – quella possessoria nello specifico – e la consegna – che la realizza – possano essere intese in termini differenti, trasferimento del possesso o del *dominium*<sup>618</sup>.

In terzo luogo, il *tradens* doveva essere il proprietario della *res*. Tale requisito può essere riferito al principio sintetizzato nel famoso brocardo ‘*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat*’<sup>619</sup>. Tuttavia era possibile, anche per chi non fosse proprietario della *res*, trasferire la cosa: si fa riferimento ai casi del tutore del proprietario impubere, del curatore del *furiosus*, del *procurator* e, in generale, di qualsiasi persona che avesse ricevuto l’autorizzazione dal proprietario; ma anche servi, *fili familias*, e creditori pignorati. Ancora, occorre che l’*accipiens* avesse la capacità di acquistare la proprietà della cosa oggetto di trasferimento.

In quarto luogo, si richiedeva la sussistenza di una *iusta causa* di trasmissione: l’effetto che si vuole realizzare e il profilo della struttura tramite la quale lo stesso effetto si produce coincidono e non potrebbe essere altrimenti, per cui la *iusta causa* costituisce il momento intrinseco della nuda *traditio*. Quest’ultima, infatti, non rinvenendo la causa all’esterno – in un atto separato – esplica la sua funzione di trasferimento e non di *solutio* che si avrebbe in caso contrario<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 139, il quale sostiene la tesi del trasferimento della proprietà come *translatio rei* e non *translatio iuris*. In quest’ottica altresì P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, cit., 235 s. pur partendo dalla bilateralità del rapporto; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 305.

<sup>619</sup> Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 1 ss.; L. MENGONI, voce *Acquisto a non domino*, cit., 69 ss.; R. MESSINETTI, voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir., Aggiorn.* III, Milano 1999, 24 ss.; v. M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Milano 2009, 3 ss.; R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2014, 463 ss., in specie 441 ss.

<sup>620</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 141 ss; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 68: «la *traditio venditionis causa*, oltre alla peculiarità di essere nel contempo, in caso di *res nec mancipi* vendute fra cittadini romani, atto traslativo di proprietà e atto di immissione in possesso, presentava quella di avere, diversamente dalla *traditio* traslativa compiuta in adempimento di altre obbligazioni, un’efficacia subordinata all’esistenza e alla validità del contratto e quindi all’esistenza della relativa obbligazione».

Con l'espressione *iusta causa traditionis* si intende quindi una ragione oggettiva a fondamento del negozio<sup>621</sup>, idonea a giustificare il trasferimento da un soggetto ad un altro, alla stregua di parametro di conformità all'ordinamento giuridico<sup>622</sup>.

Altrettanto complesso, nell'ambito del trasferimento della proprietà, è il dibattito sulla natura giuridica della *traditio* che in questa sede è possibile riprodurre solo nelle sue linee essenziali<sup>623</sup>.

Si confrontano in particolare due tesi: da un lato, la dottrina minoritaria qualifica la *traditio* come atto unilaterale incentrato sulla volontà del tradente. In questa struttura, quindi, il soggetto *accipiens* si sarebbe limitato ad una mera presa di possesso, senza manifestare alcun consenso: resta quindi esclusa la categoria del negozio giuridico<sup>624</sup>.

Dall'altro lato, si è qualificata la *traditio* in termini di negozio giuridico bilaterale che richiedeva gli *animi transferendi e acquirendi dominii*<sup>625</sup>. In particolare, si è ritenuto che nella *traditio* fosse fondamentale e rilevante proprio la posizione del ricevente, perché si concretizzava in un impossessamento che avveniva con la volontà del precedente proprietario di rinunciare al proprio diritto, e consistente in un'affermazione della propria volontà di dominio<sup>626</sup>.

Il negozio bilaterale era strutturalmente fondato sulla consegna e sull'accettazione della cosa – quali atti in sé neutri e privi di solennità – che, secondo l'opinione prevalente, ricevevano qualificazione dalla causa sottostante. Di

---

<sup>621</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.

<sup>622</sup> Come evidenziato da L. ARU, voce *Traditio (dir. rom.)*, cit., 466, il concetto di «*iusta causa*» maggiormente accolto è quello dato dallo Scialoja: la causa è precisamente quel negozio che si conclude tra le parti all'atto della tradizione e che è rivolta alla costituzione del diritto di proprietà». Come noto, rappresentavano delle *iustae causae* – ad esempio – la *causa vendendi*, la *causa donandi*, la *causa dotis*, la *causa solvendi*, la *causa credendi*.

<sup>623</sup> C. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, cit., 213 ss.

<sup>624</sup> Nel noto passo «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*», infatti, si coglierebbe una prova della manifesta antitesi della *traditio* ai patti *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Martiali*. C. 2.3.20 (a. 293). Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà in diritto romano*, Roma, 1933, 183 s.; S. PEROZZI, *Della tradizione*, cit., 23 ss.; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 139.

<sup>625</sup> V., per tutti, P. VOCI, *Istituzioni*, cit., 255, che rinviene l'*animus transferendi dominii* in Ulp. 26 *ad ed. D.* 12.4.3.8; Paul. 5 *ad Sab. D.* 18.1.15.2; Ulp. 29 *ad Sab. D.* 47.2.14.17.

<sup>626</sup> Sul punto si v. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, 141 ss.

conseguenza, la volontà delle parti espressa mediante comportamenti concludenti poteva avere tanto natura possessoria quanto dominicale: era la *iusta causa* a optare nell'un senso o nell'altro.

Il possesso che le parti negoziavano poteva equivalere – nella materialità del proprio comportamento – che rappresentava per così dire il denominatore comune di entrambe le situazioni di appartenenza oggetto di trasferimento – alla proprietà se veniva in tal modo qualificato dall'accordo sulla funzione economica traslativa della *traditio*<sup>627</sup>, ovvero al possesso. La *traditio* quindi nel suo aspetto materiale ed oggettivo si manifesta come una consegna, dal punto di vista strutturale con riguardo all'atto realizza senza dubbio un negozio bilaterale a struttura possessoria: si acquista la proprietà in quanto si acquista il possesso<sup>628</sup>.

Solo qualche cenno sulle ulteriori ipotesi di *traditio*, *in primis* sulla *traditio longa manu*<sup>629</sup>.

Come si è detto, infatti, per le cose mobili inanimate si prescinde dall'apprensione materiale<sup>630</sup>. Anche quando vi sia una *traditio* ciò che è richiesto è la

---

<sup>627</sup> Così S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 276: «la *traditio rei* è la tradizione traslativa della proprietà, in quanto assistita da una *iusta causa transferendi dominii*. La *traditio possessionis* integra, invece, la tradizione del mero possesso o della detenzione, la *possessio naturalis*, per il caso in cui la funzione economica che le parti intendono conseguire sia finalizzata alla traslazione della signoria di fatto sulla cosa. Allo stesso modo (...) nel caso dell'*emptio venditio*, la *traditio* non integra una fattispecie a sé stante, dotata di autonomia negoziale, la *causa traditionis* essendo esterna ad essa e propria del *contractus* cui la *traditio* dà esecuzione». Su quest'ultimo aspetto vedi *infra*, circa le differenze teorie in merito all'obbligazione del venditore, § 14.

<sup>628</sup> Cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 91; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 67; S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici. IV, 1958-1964*, Milano, 2011, 146 ss.

<sup>629</sup> V. Iav. 10 *epist.* D. 46.3.79: *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, acquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est.*

<sup>630</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 227.

sola presenza della *res*<sup>631</sup>; pure nei confronti di quest'ultimo presupposto si giunge a prescindere<sup>632</sup>.

Per quanto concerne le cose semoventi – quindi animali, schiavi – non rivestono un'importanza peculiare per quanto concerne il trasferimento del possesso<sup>633</sup>.

Per quanto concerne infine la *traditio brevi manu* – che si verifica quando l'*accipiens* è già nel possesso della cosa, *rectius*, ha la *possessio corpore* – può dirsi che essa risente di una disputa tra le scuole dei Proculiani e dei Sabiniani che emerge in maniera chiara dal frammento contenuto in Paul. 4 *ad sab.* D. 15.1.8: *Non statim quod dominus voluit ex*

---

<sup>631</sup> V. Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.21: *Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint; Pap. 1 def. D. 18.1.74: *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.* La sola presenza della cosa è testimoniata pure in altri testi dai quali emerge che la tradizione è fatta a due soggetti, ma il primo si limita ad ordinare che essa sia effettuata nei confronti del secondo. Cfr. Pap. 12 *resp.* D. 39.5.31.1: *Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas filiae quae praesens fuit donatas et ab ea viro traditas videri respondi nec matrem offensam repetitionem habere vel eas recte vindicare, quod vir carisset extra dotem usibus puellae sibi traditas, cum ea significatione non modus donationis declaretur nec ab usu proprietas separetur, sed peculium a dote puellae distingueretur. Iudicem tamen aestimaturum, si mater iure contra filiam offensa eas revocare velit, et verecundiae maternae congruam bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.* Si tratta di un profilo discusso per cui si v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 229.*

<sup>632</sup> V. Cels. 23 *dig.* D. 41.2.18.2: *Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre.* Il profilo si intreccia con quello relativo all'acquisto del possesso *solo animo* e ci si spinge addirittura a rinvenire ipotesi di trasferimento della proprietà *nuda voluntate sine traditione*, nei quali è però indubitabile il passaggio del possesso. Cfr. Iav. 5 *ex post Lab.* D. 41.2.51: *Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuisssem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essentiarum sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuiilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nibilo minus traditae videantur: nibil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*

<sup>633</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 238 s.

*re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse.* In particolare, i Sabiniani ritenevano, ai fini dell'acquisto del possesso da parte di chi aveva la detenzione della cosa, che fosse necessario un *contrectare*, quindi un nuovo atto di apprensione; al contrario, i Proculiani, ritenevano non necessaria la sussistenza di tale ulteriore atto poiché *'solo animo adquiritur possessio'*<sup>634</sup>. Giustiniano sembra aver preferito la tesi della Scuola Proculiana, ritenendo necessaria l'effettiva presa di possesso.

Infine, occorre tenere a mente l'ipotesi contemplata in C. 8.53.1: *Imperatores Severus, Antoninus. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et tarditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.* \* SEV. ET ANT. AA. LUCIO. \* <A 210 PP. V K. IUL. FAUSTINO ET RUFINO CONSS.>, la quale si riferisce alla trasmissione del possesso tramite consegna degli strumenti di acquisto. «Che la consegna degli strumenti di acquisto valesse nel diritto romano a trasmettere il possesso della cosa senza ambagi e senza esitazione, a un di presso come farebbe nel diritto commerciale odierno una polizza di carico o una fede di deposito, cioè uno dei cosiddetti titoli di tradizione, è cosa che ci riesce nuova»<sup>635</sup>.

La dottrina dominante è quella di Savigny, ovvero quella per cui – senza che ciò emerga esplicitamente dal testo che si limita a evidenziare la trasmissione degli

---

<sup>634</sup> Ulteriori testimonianze si rinvencono in Cels. 27 dig. D. 21.2.62 pr. *Si rem quae apud te esset vendidissem tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet. 1. Si ei qui mihi vendidit plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est omnibusque denuntiari et omnes defendere debent: si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex is liti substitit, propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit aut vincitur, recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sint;* Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.9.5: *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio;* Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.3: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si Thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam Thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet Thensaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.*

<sup>635</sup> In questo senso P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 245.

strumenti di compera – gli schiavi si devono ritenere presenti. Sul punto si è ritenuta operante la tesi del costituito possessorio poiché si è ritenuto che il donante conservi gli schiavi in nome e per conto del donatario, effettuando così la trasmissione del possesso. Ma si affermò anche la tesi opposta della ‘tradizione simbolica’: secondo la quale i titoli di proprietà sono la rappresentazione della *res* oggetto di trasferimento, *res* che può essere anche non presente al momento della consegna<sup>636</sup>.

Sembra difficile ricostruire quale delle due tesi si affermò come dominante<sup>637</sup>: ciò che tuttavia emerge è il trasferimento del possesso mediante la consegna dei documenti, quale ipotesi certamente ricollegata al trasferimento del *dominium*, ma in qualche misura con esso scissa in quanto risulta circoscrivibile il momento in cui si verifica il trapasso della *possessio*.

È stato chiarito che il trasferimento del possesso tramite la *traditio* richiedeva l'*animus adipiscendi possessionem*, ovvero che, per il tramite della consegna della cosa, una parte tenesse la cosa per sé, acquistandone il possesso.

Risulta doveroso ricostruire il legame *possessio-traditio*: ci si può rifare a taluni rilevanti passi del Digesto:

Lab. 4 *post. a Iavoleno epit.* D. 18.1.78.1: *Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam administras, nec vacuum accepisti possessionem. Dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediari possessionem.*

Pomp. 9 *ad sab.* D. 18.1.18.1: *Si servus domini iussu in demonstrandis finibus agri venditi vel errore vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit: et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.*

L'espressione *vacua possessio* compare nel primo frammento di Labeone, nel quale la fattispecie concreta è relativa all'acquisto di un fondo da parte di un soggetto

---

<sup>636</sup> Il passo è stato oggetto di differenti interpretazioni da parte di numerosi autori: cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 246 s., il quale elenca le tesi del Brunner, Jhering, Savigny, Riccobono, Windscheid, Ferrini, Perozzi, Ascoli, Alibrandi.

<sup>637</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 248.

che è diventato poi tutore del figlio del proprio venditore; il compratore lamenta di non aver ricevuto la *vacuam possessionem*.

Il secondo frammento, invece, riporta una fattispecie di cessione del possesso attraverso un parallelismo perfetto tra proprietà e possesso. Pomponio ritiene infatti che se nell'indicazione dei confini di un fondo agricolo venduto – eseguita per incarico del proprietario – un servo, per errore o per dolo, abbia indicato dei confini più ampi rispetto ai limiti della proprietà, si deve ritenere che tale indicazione sia avvenuta con il consenso del proprietario, quindi nei limiti in cui lui l'abbia intesa. Alfeno ritiene che per il caso in cui sia stato trasferito, per il tramite di servo, il possesso – '*vacua possessione tradita*' – si deve applicare lo stesso principio.

Ancora:

Proc. 6 *epist.* D. 18.1.68.2: *Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur*<sup>638</sup>.

Dalle parole di Proculo – anticipando quanto sarà trattato con riguardo all'*emptio venditio*, nella prospettiva volta a dare rilievo alle obbligazioni del venditore – si ricava che il venditore non era tenuto, attraverso il negozio traslativo della *res*, a rendere proprietario il compratore: se la *res* era *mancipi* il compratore non otteneva infatti che una posizione di possesso, la quale, se confortata dalla buona fede, lo avrebbe messo nelle condizioni di acquistare la proprietà della cosa per usucapione<sup>639</sup>.

Nella vendita di cose corporali, ciò comportava che il venditore non fosse di per sé obbligato a trasferire al compratore la proprietà, ma solamente ad effettuare la *traditio* della cosa venduta, trasferendo la *vacua possessio*.

È opportuno chiarire che non solo il profilo relativo al contenuto dell'obbligo principale del venditore risulta essere controverso, ma anche la qualificazione

---

<sup>638</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Possessio e res incorporalis*, cit., 280.

<sup>639</sup> È la tesi di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 163, seguita anche da M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 385.



dell'*habere licere*<sup>640</sup> – della situazione di appartenenza che si viene a creare in capo al compratore – al quale fanno prevalentemente riferimento i testi istituzionali<sup>641</sup>.

Si può brevemente concludere che, a prescindere dalle specificità – spesso legate al particolare periodo storico di riferimento nel quale il singolo giurista operava, attinenti al singolo caso, la *traditio* operava in diritto romano anche nelle vesti di disposizione negoziale del possesso.

Appare infatti indubbio che, guardando alla sostanza della fattispecie, la manifestazione di volontà contenuta nel negozio di *traditio* – facendo propria l'interpretazione ancora minoritaria volta a superare la qualificazione formale di atto unilaterale – può incidere su una situazione possessoria, esprimendo il contenuto di quest'ultima oltre alla mera contrapposizione fatto-diritto e proponendo una ricostruzione unitaria del possesso idonea a racchiudere un'attribuzione patrimoniale.

### 13. L'acquisto derivativo del possesso tramite *emptio venditio*.

Affrontate le fattispecie di alienazione di *mancipatio* e *traditio*, occorre ora approfondire l'ulteriore ipotesi che viene in rilievo ovvero il contratto di compravendita<sup>642</sup>.

---

<sup>640</sup> Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 455; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 484; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>11</sup>, Napoli, 1997, 915.

<sup>641</sup> V. C. LONGO, *Corso di diritto romano*, Milano, 1937, 393, secondo il quale l'espressione '*habere licere*' compendia in sé: a) il c.d. rilascio, ovvero il trasferimento della cosa al compratore; b) l'obbligazione del venditore di fornire al compratore un possesso inoppugnabile e libero (la c.d. *vacua possessio*); c) l'assenza in capo al venditore di un obbligo di trasmettere la proprietà. In altri termini, esso rimanda ad una situazione di godimento assimilabile al possesso ma non completamente coincidente con esso.

<sup>642</sup> In termini generali sul contratto di *emptio venditio* in diritto romano si veda P. DE FRANCISCI, *Transaltio dominii. Note Riassuntive*, Milano, 1921; ID., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, Roma, 1928-1931; G. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933; V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss.; F. DE ZULETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1949; U. BRASIELLO, *Alienatio*, in *SDHI*, XVI, 1949, 114 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 54 ss.; G. LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 926 ss.; A. WATSON, *The Law of property in the later Roman republic*, Oxford,

Infatti, focalizzare l'attenzione sulle modalità attraverso le quali opera la *traditio*, differenti a seconda del bene oggetto di trasferimento, significa, come accennato, incrociare la tematica relativa al trasferimento del diritto reale di proprietà, con particolare riferimento al rapporto causale che intercorre tra il contratto di *emptio venditio* – contratto consensuale obbligatorio – e il negozio giuridico – contestuale o successivo alla compravendita – di realizzazione dell'effetto traslativo. Significa, in altri termini, chiarire il contenuto dell'obbligazione del venditore – uno studio dei «più delicati nella nostra materia»<sup>643</sup> – quale *vinculum iuris* che nasce dall'accordo delle parti e ha per oggetto, in termini molto generali, da un lato la consegna della cosa e dall'altro il pagamento del prezzo quale corrispettivo del trasferimento medesimo<sup>644</sup>.

---

1968; A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., 594 ss.; G.G. ARCHI, *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 643 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 160 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 429 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 34 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.; AA. VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico comparatistica: materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. priv.*, XIX, Torino, 1998, 722 ss.; J.G. WOLF, *Per una storia dell'emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in *Iura*, LVII, 2001, 29 ss.; L. GAROFALO, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Sem. Compl.*, XII, 2009, 13 ss.; T. DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, 838 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, cit., 1 ss.; S. RONCATI, *Emere vendere tradere: la lunga storia della regola di I.2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2015;

<sup>643</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 88.

<sup>644</sup> La difficoltà maggiore di qualificazione giuridica di una fattispecie è ricollegata proprio all'aspetto terminologico poiché non sempre risulta chiara la volontà delle parti che si esplica in differenti clausole contrattuali che intervengono quindi ad integrare il contenuto del singolo *contractus*. Si v. ad esempio Pomp. 9 *ad sab. D.* 18.1.6.1: *Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse. nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur*. La fattispecie attiene alla vendita di un fondo attraverso il pagamento rateale del rispettivo prezzo. Pomponio, al fine di qualificare la singola fattispecie in termini

Il contratto di *emptio venditio*, come noto, è un contratto consensuale e bilaterale: si perfeziona con il consenso di entrambe le parti e fa sorgere obbligazioni in capo ad entrambi i contraenti; in particolare, il venditore si obbliga a trasmettere il pacifico godimento della *res* (merce), mentre il compratore si obbliga al pagamento del prezzo, quindi a trasferire la proprietà di una somma di denaro<sup>645</sup>.

Per utilizzare le parole di Bonfante: «la compravendita obbligatoria è un contratto consensuale bilaterale per cui uno dei contraenti (il venditore) promette all'altro (il compratore) di cedergli per sempre il possesso di una cosa e prestar la garanzia del possesso stesso, ovvero trasmettergli qualunque diritto, dietro promessa di ricevere un corrispettivo in denaro (*pretium*)»<sup>646</sup>.

Ancora, l'Arangio-Ruiz parla di «contratto consensuale e bilaterale in virtù del quale una delle parti si obbliga a trasmettere all'altra il pacifico godimento di qualcosa,

---

di contratto di compravendita ritiene di dover dare rilevanza all'intento delle parti e non alla formulazione in concreto utilizzata; ne consegue che nel caso di specie la particolare clausola dedotta in contratto va interpretata secondo quanto le parti hanno voluto dedurre in contratto.

<sup>645</sup> Con riguardo alle fonti che descrivono il contratto di compravendita come contratto consensuale, nel quale ciò che rileva è più ciò che in concreto è concluso dalle parti che la formulazione usata, nel quale quindi rileva il consenso delle parti su tutti gli elementi del contratto; ancora, come contratto di *ius gentium* che può concludersi anche tra assenti si veda: Pomp. 9 *ad sab.* D. 18.1.6.1: *Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse. nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.* Ulp. 28 *ad sab.* D. 18.1.9pr.: *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem cornelianum, tu mihi te vendere sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me stichum, tu pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.* Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.1.2: *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.* Ancora, sul requisito del prezzo qui non direttamente coinvolto: Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 18.1.35.1: *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum'.* Ulp. 43 *ad ed.* D. 18.1.36: *Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.*

<sup>646</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 483.

detta merce, mentre l'altra si obbliga a trasferire alla prima la proprietà di una somma di denaro, detta prezzo»<sup>647</sup>.

L'operazione di specificazione delle obbligazioni del venditore segue, dal punto di vista logico-contenutistico, quella di individuazione del momento temporale a partire dal quale si parla di contratto di compravendita, ovvero l'origine del contratto consensuale dell'*emptio venditio* romana<sup>648</sup>.

Non interessa in questa sede approfondire quest'ultimo problema, sebbene parte della dottrina abbia messo in connessione l'obbligazione del venditore con l'origine peculiare della compravendita romana all'interno dei rapporti di scambio tra romani e peregrini e *inter peregrinos*<sup>649</sup>; occorre invece focalizzarsi sulle obbligazioni nascenti in capo al venditore, profilo assai delicato sul quale la dottrina è ancora oggi divisa.

L'obbligazione principale del venditore, in particolare, non potendosi identificare in termini di obbligazione al trasferimento della proprietà del bene, viene individuata dalla dottrina romanistica dominante in termini di obbligazione di *possessionem tradere*, ovvero di trasferimento del puro e semplice possesso<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 88.

<sup>648</sup> Cfr. L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 101 ss.; G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, Napoli, 2013, 35 ss., in specie ntt. 1-2-3.

<sup>649</sup> Sul punto V. SCIALOJA, *La L. 16 Dig. de cond. causa data 12.4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*, 20, 1907, 161 ss.; più di recente F. DE ZULETA, *The Roman Law of Sale*, cit., 36 s.

<sup>650</sup> Infatti «questa struttura, in cui l'obbligazione del venditore si adempie mediante il mero trasferimento materiale del bene e la conseguente scissione netta tra la compravendita e la causa del trasferimento della proprietà, prospetta alcune difficoltà dogmatiche nel momento in cui si collega a questa fattispecie negoziale il problema degli effetti traslativi della *traditio*, effetti che, come è noto, almeno a partire dal I sec. a. C., erano subordinati alla presenza di una *iusta causa*, idonea a giustificare il trasferimento della proprietà, e quindi presuppongono che la vendita sia appunto causa di trasferimento del dominio, e non semplicemente della *iusta possessio*», L. VACCA, *Emptio venditio e iusta causa traditionis*, in *SDHI*, LXXIX, 2013, 775 ss. Sulla tesi tradizionale vedi *infra*.

All'interpretazione più tradizionale – quella del «diritto puro»<sup>651</sup> – si è contrapposta la tesi – del «diritto applicato»<sup>652</sup> – secondo cui il contenuto dell'obbligazione del venditore – richiamando quindi la qualificazione più antica della compravendita a contanti avente diretta efficacia traslativa – non può essere limitato all'obbligo del *possessionem tradere*, ma implica l'obbligo di effettuare la *mancipatio* della *res Mancipi*<sup>653</sup> (ovvero la *traditio* di quella *nec Mancipi*); si parla, in termini più ampi, di obbligo di *praestare rem*<sup>654</sup>.

Una semplice considerazione prima di entrare in *medias res*: il problema che coinvolge la vendita del possesso non è quindi solo di carattere qualificatorio, ma si scontra inevitabilmente con una differente impostazione dogmatica che caratterizza il nostro sistema di diritto positivo rispetto all'assenza di categorie del pensiero giuridico romano. Il rischio – soprattutto con riguardo al contratto di compravendita – è infatti quello già individuato per cui «l'interpretazione del fenomeno storico sia talora influenzata dalle nostre attuali categorie dottrinali e dal loro coordinamento secondo la nostra attuale dogmatica, ovvero dagli schemi del nostro attuale linguaggio tecnico e dai rapporti in esso intercorrenti tra concetti e mezzi di espressione»<sup>655</sup>.

In modo particolare, il *focus* dell'indagine mira a riempire di significato il contenuto della seguente espressione «cedergli per sempre il possesso di una cosa e prestar la garanzia del possesso stesso»<sup>656</sup>, nella quale l'inciso finale che descrive la seconda obbligazione del venditore, quella di garantire per l'evizione – che si aggiunge

---

<sup>651</sup> L'utilizzo di questa espressione si deve a V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, cit., 150 ss.

<sup>652</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, cit., 150 ss.

<sup>653</sup> Sul punto è sufficiente una breve precisazione: la *mancipatio* o *mancipium* era impiegata per il trasferimento in proprietà di *res Mancipi* (fondo, schiavo, animale da giogo e da sella) a cui erano equiparate le persone soggette a poteri familiari. Cfr. Gai 1.119-121, dove si evince appunto che il compratore, tenendo la cosa in una mano pronunciava la formula '*Hunc ego hominem meum esse aio ex iure Quiritium isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*', il bronzo costituente il prezzo veniva pesato, consegnato e il compratore diventava proprietario. Contestualmente all'effetto traslativo, si produceva anche un effetto obbligatorio: il venditore, infatti, era obbligato a prestare l'*autoritas* quindi a difendere il compratore dall'eventualità in cui un terzo rivendicasse la cosa venduta.

<sup>654</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 51 s. Si veda *infra*.

<sup>655</sup> V. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà*, 28.

<sup>656</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1919, 483.

a quella principale di ‘trasferimento’ – implica un profilo quanto mai complesso e ancora oggetto di forte dibattito, sul quale risulta doveroso soffermarsi<sup>657</sup>.

Si è già testata la particolare funzione svolta dalla garanzia per evizione con riguardo alla *mancipatio*: si tratta di evidenziare ora le particolarità connesse alla fattispecie più applicata nel dare forma alla causa di scambio, il contratto di compravendita.

#### 14. Il venditore e la principale obbligazione di *possessionem tradere*.

Preliminarmente risulta opportuno riprodurre nelle sue linee essenziali il dibattito dottrinale che, ancora oggi, anima la dottrina con riguardo al contenuto della principale obbligazione del venditore nel contratto di *emptio venditio*<sup>658</sup>. In particolare, occorre dire che quanto è risultato dal contributo della dottrina con riguardo alla definizione del contratto di compravendita emerge, in tutta la sua forza espressiva, nel pensiero proprio dei Romani<sup>659</sup>.

L'individuazione delle obbligazioni nascenti in capo al soggetto venditore a seguito della conclusione di un contratto di compravendita non solleva, secondo l'opinione più consolidata nel tempo, alcuna difficoltà: il venditore ha, in primo luogo, l'obbligo di compiere la *traditio* (*possessionem tradere*)<sup>660</sup>; in secondo luogo, quello di

---

<sup>657</sup> Cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008.

<sup>658</sup> V. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 1 ss., il quale sottolinea che l'orientamento che rinviene l'obbligo di trasferire il pacifico possesso ha «radici storiche (...) assai risalenti, essendo esso già ravvisabile nel pensiero di Piacentino, Azzone, Pietro di Bellapertica, Cino da Pistoia, Bartolo, Baldo; ed ancora, Cuiacio, Donello, Gotofredo, Fabro. Questo orientamento si coglie sostanzialmente immutato in Noodt, Pothier, ed ancora negli studiosi dell'ottocento e dei tempi successivi, fino ai nostri giorni».

<sup>659</sup> È possibile individuare la corretta perimetrazione dell'obbligo di *possessionem tradere* da Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.13: *Idem neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit: sed iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur*.

<sup>660</sup> L'interpretazione tradizionale si deve a G.F. PUCHTA, *System und Geschichte des Römischen Rechts*, a cura di Krüger, Leipzig, 1881, 359; F. BERNHÖFT, *Beitrag zur Lehre vom Kaufe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*

garantire per l'evizione (*ob evictionem se obligare*); infine, quello di astenersi dal porre in essere atti dolosi (*purgari dolo molo*).

In particolare, si può individuare la nota sequenza di frammenti che ha dato luogo alla tesi tradizionale.

In primo luogo, l'attenzione può focalizzarsi sul frammento contenuto in:

Gai. 4.131: *Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi... us illius iuris obligatio illa incerta actione: quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio e facere oportet, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

---

(*Jherings Jahrb.*), 14, 1855, 182; GLUK, *Commentario alle pandette*, libro XVIII, 1901, 8; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 88 ss; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 469 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1928, 2, 279 s.; PH. MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano, 1930, 443 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano – parte speciale. La compravendita*, Milano, 1937, 294 ss.; F. DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1945, 35 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, 550; F. GALLO, *Il principio emptione dominium transferetur nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, 15 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, 502 s.; PH. MEYLAN, *Pourquoi le vendeur romain n'est pas tenu de transférer la propriété*, in *Festschr. Riese*, Karlsruhe, 1964, 432 ss; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, 769; E.R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town, 1992, 278; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2000, 360; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 462 ss; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 586; ID, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Seminario ARISTEC per B. Kupisch, Roma, 20-22 giugno 2002, a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 14; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 455 ss.; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, 389; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 279 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 5 ss., in specie nt 24 alla quale si rimanda per un'ampia bibliografia; più di recente S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 123 ss.

È evidente che l'obbligazione di *mancipio dare* veniva indicata da Gaio quale obbligazione separata da quella di *vacuam possessionem tradere*; addirittura, il rapporto tra le due prestazioni veniva a definirsi in termini di alternatività<sup>661</sup>.

Il frammento più incisivo è però quello nel quale si definisce il contenuto del contratto di compravendita attraverso l'individuazione delle obbligazioni da esso nascenti:

Paul 32 *ad ed. D. 19.4.1.pr.*: *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.*

Nel frammento – a partire da *multumque differunt praestationes* – Paolo sembra individuare con estrema precisione le obbligazioni nascenti dal contratto di vendita per quanto riguarda la posizione di entrambi i contraenti; in particolare, con riferimento al venditore, egli deve – per i profili direttamente coinvolti nella presente indagine – *ob evictionem se obligare e possessionem tradere*<sup>662</sup>.

---

<sup>661</sup> È importante evidenziare che tutti i frammenti in commento, a partire da questo tratto dalle Istituzioni di Gaio, sono oggetto di interpretazione. In particolare, c'è chi ritiene di non condividere la tesi dominante – abbracciando quindi quella che propende per l'obbligazione di *mancipio dare* – in quanto, per usare le parole di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 56, in specie nt. 44 «non sembra credibile (...) che Gaio si riferisse a un caso in cui la pretesa *ut nobis fundus mancipio detur* sarebbe stata compresa nella sfera dell'*actio empti* solo in virtù di un patto volontariamente aggiunto al contratto dalle parti. Di un simile patto è evidente che Gaio non fa il minimo cenno, ma per di più il modo in cui si esprime lo esclude, poiché egli pone quella pretesa esattamente allo stesso grado e sullo stesso piano di quella relativa alla *traditio* della *vacua possessio*, la quale, certo, non deriva da un patto aggiunto, bensì dal contratto strettamente inteso.

<sup>662</sup> Il frammento paolino non è ovviamente il solo che rileva nell'inquadramento delle obbligazioni del venditore: infatti, il passo merita di essere letto 'in combinato disposto' con quanto contenuto in Ulp.



Ne consegue che, dal punto di vista processuale, il compratore, non essendo il venditore obbligato a trasferire la proprietà della *res*, non può citarlo in giudizio con l'*actio empti* al fine di fare valere il suo inadempimento, essendo obbligato ad attendere l'eventuale evizione, come testimoniato da C. 8.44.3: *Qui rem emit et possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata esse dicatur convenire non potest*.

Senza dubbio, due sono i profili rilevanti: da un lato, l'obbligazione del *possessionem tradere*; dall'altro quello della garanzia per l'evizione<sup>663</sup>.

Ciò che maggiormente interessa in questa sede è tentare di trovare una risposta alla domanda che l'Arangio-Ruiz riassume magistralmente: «possibile che per il solo fatto dell'essermi fatto promettere il trasferimento della proprietà di Stico (quale insito

---

34 *ad sab.* D. 18.1.25.1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti sponondit* nel quale Ulpiano specifica il contenuto dell'obbligazione *ex latere venditoris* attraverso un paragone con l'*obligatio* nascente da *stipulatio*: colui che ha venduto un fondo, infatti, non è tenuto a rendere il compratore proprietario del fondo medesimo, come invece è tenuto a fare chi ha promesso nella forma della *stipulatio* un fondo al proprio creditore.

<sup>663</sup> Ancora, si veda Cels. 3 *dig.* D. 12.4.16: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi stichum dares. finge alienum esse stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*. Celso nega in maniera evidente che una convenzione – *rectius* un patto – nella quale (si dice) che si scambia la proprietà di una cosa contro il corrispettivo equivalente in denaro possa essere considerata compravendita. Si tratta, come noto, di un passo che ha una letteratura sconfinata per la quale si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 151, in specie nt. 1. Più di recente R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014, 6 ss. Il frammento è denso di problemi interpretativi legati ai numerosi sospetti di interpolazione – V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 157 s. nel quale l'Autore riassume i punti nei quali è più corretto ritenere vi sia stato un rimaneggiamento: «a) dove è detto *finge alienum esse stichum, sed te tamen eum tradidisse*, sembra evidente che invece di tradidisse Celso avesse scritto *mancipio dedisse*. (...) b) L'ultima deduzione che il testo presenta sarebbe inutile. (...) Riteniamo pertanto che Celso abbia scritto pressappoco *et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, nihilominus liberaberis* e riproduce una fattispecie di chiara e corretta interpretazione: si coglie, ancora una volta, avendo riguardo al profilo processuale, che nessun dubbio si ha circa l'applicazione della *condictio* – e non dell'*actio empti* – per far valere l'alienità della cosa oggetto di trasferimento.

nel verbo *dare*) non solo io mi sia messo fuori del regime della compravendita, ma nemmeno si possa più riconoscere una analogia con essa?»<sup>664</sup>.

Si ritiene che l'elemento che impedisce di qualificare la fattispecie in esame con il contratto di compravendita sia proprio l'obbligazione di trasferire la proprietà e tale interpretazione si fonda principalmente sul significato incontrovertibile del verbo *dare* in termini di trasferimento in proprietà di una *res*. Ne deriva quindi che il contenuto dell'obbligazione del venditore va individuato nel *possessionem tradere* di Paolo, relativo al frammento precedente.<sup>665</sup>

Come anticipato, si tratta di chiarire non solo la qualificazione dell'obbligazione del venditore, ma anche il tipo di situazione di appartenenza che si viene a creare, individuata nell'espressione '*habere licere*', questione la quale costituisce l'altra faccia della medaglia rispetto al problema relativo alle cose che possono formare oggetto di possesso<sup>666</sup>.

In primo luogo, si è individuato il contenuto di tale espressione nel pacifico o effettivo godimento della cosa oggetto di compravendita<sup>667</sup>; in secondo luogo, si è interpretato come pacifico o indisturbato possesso della medesima *res*<sup>668</sup>.

Rilevante nella direzione che si sta cercando di approfondire è questa seconda definizione, posto che ciò che viene reso oggetto di trasferimento non è semplicemente

---

<sup>664</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 153.

<sup>665</sup> Cfr. Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1: *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.*

<sup>666</sup> V. *infra*, § 14.

<sup>667</sup> Cfr. A. BURDESE, voce *Vendita*, (*dir. rom.*) cit., 597; ID, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 530; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 2003, 357; AA. VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 413.

<sup>668</sup> V. B. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, 1936 8; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 10; da ultimo, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 9, in specie nt. 25.

il godimento di una cosa, ma potremmo dire un ‘godimento qualificato’ che integra a tutti gli effetti la nozione più tradizionale del possesso.

In particolare, si ritiene infatti che oggetto di possesso potevano essere le *res corporales* e le persone libere, anche *alieno iuri subiectae*: questo perché «la relazione di fatto che integra normalmente ed essenzialmente la nozione di possesso non fu mai pensata come implicante necessariamente un contatto fisico (*corpore et tactu*, per usare una locuzione di Paolo, pur scritta ad altro riguardo) costante, tra possessore e oggetto posseduto. Quel che si richiedeva normalmente era l'immediata possibilità di realizzare quel contatto fisico, con la connessa possibilità di disporre dell'oggetto»<sup>669</sup>.

Come sempre evidenziato in dottrina, bisogna ovviamente tener conto anche della *sedes materiae*: questi frammenti, infatti, soprattutto quello di Paolo, non sono collocati all'interno del libro XVIII che si occupa direttamente dell'*emptio venditio*; Paolo interviene per chiarire il contenuto differente delle due azioni, quindi cosa si può far valere con l'*actio empti* e cosa invece si può far valere con l'*actio venditi*, ovvero ancora sulle differenze tra vendita e permuta, richiamando quindi la categoria dei contratti innominati<sup>670</sup>.

Sostenendo la teorica in esame ne consegue che il compratore poteva ottenere nulla più che l'*habere licere*; quindi, se non era possibile rintracciare in capo al venditore un'obbligazione di trasmettere la titolarità del dominio, questi doveva ad ogni modo trasferire la titolarità di una situazione reale potenzialmente idonea all'acquisto della proprietà mediante usucapione, e a tutelare il compratore finché ciò non si verificasse<sup>671</sup>.

Ad un'attenta lettura però anche questa ricostruzione della vendita si discosta dall'idea dell'*emptio venditio* come *emptio possessionis*. Il trasferimento del possesso nella

---

<sup>669</sup> B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., 11 s.

<sup>670</sup> G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, cit., 41.

<sup>671</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 386 ss., che, in riferimento alla tesi di Pugliese, ha sostenuto che, se è indubbio che vi potevano essere dei casi in cui i giuristi configurassero a carico del venditore l'obbligo di *mancipio dare*, non era possibile tuttavia generalizzare tale fenomeno come tipica struttura romana della vendita e del trasferimento della proprietà. V., per le fonti riportate, 382 ss. Anche secondo L. GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., 130 (e, in particolare, nt. 50, ove si dà riscontro delle divisioni dottrinali sulla questione), neppure quando la compravendita consensuale venne estesa ai rapporti tra *cives* si ebbe un automatico obbligo del venditore di effettuare la *mancipatio*, anche se tale obbligo poteva essere posto direttamente dalle parti.

struttura della vendita romana è, infatti, in un certo senso già ‘funzionalizzato’, ‘programmato’, al passaggio della titolarità del bene e questo prescinde dalla particolare ricostruzione che si accolga del rapporto tra il negozio obbligatorio e l’atto traslativo della proprietà<sup>672</sup>.

Ciò si ricava dalla prospettiva processuale che, come sempre, illumina le soluzioni offerte dai giuristi romani: guardando all’*actio empti* infatti, a partire dall’età classica, si ricava che questa attribuiva una tutela al compratore che poteva agire contro il venditore che non avesse effettuato la *mancipatio* o la *traditio* del bene, oltre ai casi in cui il venditore non avesse garantito l’acquirente contro il pericolo di evizione o quando quest’evento si fosse già verificato.

In altri termini, l’obbligo di trasferire la *vacua possessio* nella vendita non si intendeva adempiuto con il mero fatto della tradizione, ma implicava il conferimento di un possesso ‘qualificato’. Ciò significava che il venditore, se non era tenuto a procurare una posizione vittoriosa in petitorio, doveva procurare una posizione inoppugnabile in possessorio: un possesso esente da vizi, utile e duraturo<sup>673</sup>. Il compratore, quindi, anche prima di essere spogliato del possesso, se scopriva che il medesimo era viziato o verosimilmente altrui, poteva agire *ex empto* contro il venditore perché riparasse al vizio o risarcisse il danno<sup>674</sup>.

Occorre evidenziare che il venditore romano non aveva bisogno di essere proprietario della cosa per poterla vendere efficacemente. La vendita di cosa altrui era, dunque, valida e il compratore non poteva rifiutarsi di ricevere la cosa se, successivamente allo scambio dei consensi, scoprì l’altruità della stessa, né poteva rifiutarsi di pagare il prezzo o chiedere il risarcimento. Avrebbe potuto solamente procedere contro il venditore dopo aver subito evizione.

Questo particolare sistema era temperato da alcuni strumenti: *in primis* dall’usucapione, che richiedeva per la sua maturazione termini molto brevi; l’introduzione dell’*actio Publiciana*, inoltre, permetteva al compratore, che avesse perso la disponibilità della cosa prima del compimento dell’usucapione, di riacquistarla e di completare il periodo prescrizione; l’*exceptio rei venditae et traditae*, che concedeva

---

<sup>672</sup> In questo senso T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, cit., 2664 ss.

<sup>673</sup> Così C. LONGO, *Corso*, cit., 397.

<sup>674</sup> Neppure si poteva ritenere il venditore adempiente alla sua obbligazione se vi erano terzi che avessero sulla cosa un diritto di detenzione, rispetto al quale il compratore non aveva poteri.

all'*emptor* di respingere, in caso di rivendica, sia il *venditor* di *res Mancipi* – trasmessa senza *mancipatio* – rimasto *dominus*, sia il venditore di *res aliena*, divenuto solo successivamente proprietario.

In questo quadro, allora, i classici non persero di vista che il fine economico sociale della vendita era l'acquisto definitivo della cosa al compratore, e cioè l'acquisto della proprietà<sup>675</sup>.

#### 15. Il venditore e l'obbligazione di *praestare rem*.

L'interpretazione dell'obbligazione del venditore in termini di *mancipio dare*<sup>676</sup> si afferma successivamente a quanto invece per lungo tempo è rimasta la teoria incontrastata del '*possessionem tradere*'.

Pugliese, al quale si deve molto nella direzione dell'ampliamento del contenuto dell'obbligazione in questione, riassume con chiarezza i passaggi interpretativi: «l'orientamento cominciò a mutare quando Eck e Bechmann affrontarono analiticamente il problema e, col sostegno dei testi delle Sentenze di Paolo e delle Istituzioni di Gaio (...), misero in evidenza che nella vendita romana classica, compiuta tra cittadini romani, il venditore doveva *mancipare* la cosa venduta»<sup>677</sup>.

Allo stesso risultato giunge anche dottrina più recente<sup>678</sup>, che qualifica l'obbligazione in oggetto – *do pecuniam ut mihi Stichus des* – come obbligazione di *dare* «che il venditore non ha e la cui presenza contraddice tutta la struttura della compravendita romana»<sup>679</sup>.

La sequenza evidenziata dalla dottrina prosegue con:

---

<sup>675</sup> Cfr. C. LONGO, *Corso*, cit., 402.

<sup>676</sup> G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 34 ss.; L. VACCA, *La garanzia per evizione*, 259 ss; CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 14 ss. *Contra* di recente S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 123 ss. secondo cui appunto il *possessionem tradere* è atto di consegna traslativo del possesso e non della proprietà.

<sup>677</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 51 s.

<sup>678</sup> C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 33 ss.; nonché E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 316 ss.

<sup>679</sup> G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, cit., 42.

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1: *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. sed si scyphos tibi dedi, ut stichum mihi dares, periculo meo stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des.*

L'espressione che interessa è ovviamente l'inciso «*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*»<sup>680</sup>.

Si è ritenuto che il contenuto sia assimilabile al *dare rem* di Paolo; tuttavia, e qui ci avviciniamo a quanto vogliamo sostenere, che in realtà Paolo in quest'ultimo frammento ha in mente il comportamento del debitore – l'oggetto dell'obbligazione – che consiste nel fare avere la proprietà al compratore, quindi «*un praestare rem*, piuttosto che un *dare rem*»<sup>681</sup>. L'obbligazione del venditore quindi non potrebbe dirsi limitata al trasferimento del possesso: quest'ultimo, in particolare, sarebbe il contenuto minimo di tale obbligazione, uno delle possibili varianti dell'obbligazione medesima.

Si tratta quindi ora di chiarire il contenuto dell'obbligo di *rem mancipio dari*, ovvero riempire di significato il rapporto – che altrimenti resterebbe insoluto – tra il contratto di compravendita e lo strumento predisposto per il trasferimento della proprietà.

Secondo la ricostruzione di Pugliese, infatti, sul venditore grava l'obbligo di effettuare la *mancipatio* della cosa *mancipari*; si tratta di un obbligo diverso da quello di *possessionem tradere* che costituisce un effetto essenziale o naturale del contratto di compravendita. I frammenti più rilevanti in questa direzione sono due:

---

<sup>680</sup> Cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 111; ID., *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, 89; G. ROMANO, *Brevi considerazioni su Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.4: tra tradizione testuale e proposte emendative*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2012, 1 ss.; R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto@Storia*, 2012, 50.

<sup>681</sup> G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, cit., 44, in specie nt. 24.

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.2: *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur*<sup>682</sup>.

Pap. 27 *quaest.* D. 22.1.4pr.: *Si stipulatus sis rem dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa verba 'vacuumque possessionem tradi' potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset*<sup>683</sup>.

Anche in questo caso gli stessi passi sono oggetto di differenti interpretazioni che conducono a sostenere una tesi ovvero quella che ad essa si contrappone. Ma al fine di adottare una corretta metodologia, occorre sempre partire dal dato letterale, quindi dalla fonte: ciò che si ricava è, senza alcun dubbio, che con riguardo al secondo frammento si ha una *stipulatio* il cui effetto era quello di obbligare a trasferire la proprietà, non solo quello di consegnare la *res* oggetto del contratto; in particolare, si discute se il promittente che si fosse obbligato per il tramite di una *stipulatio* di *dare* una schiava, ovvero un insieme che comprendesse anche la schiava, dovesse trasferire alla controparte anche il nato dalla schiava prima dell'adempimento. L'oggetto del trasferimento è quindi una *res Mancipi*, per cui si ricava che l'atto traslativo al quale si fa riferimento è la *mancipatio*.

Non è possibile tuttavia concordare con quanti invece sostengono che «ben può la *mancipatio* essere ricompresa fra gli obblighi che un venditore poteva volontariamente

<sup>682</sup> Cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 30 s.; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini, l'interdictum Salvianum*, Torino, 2017, 63 s.

<sup>683</sup> Cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 13.

assumersi»<sup>684</sup>, senza tuttavia che ciò potesse discendere direttamente dal contratto di vendita concluso. In altri termini, può ben raggiungersi l'effetto del trasferimento in proprietà, ma per il solo tramite di un patto ulteriore, non come effetto diretto dell'*emptio venditio*.

Al fine di trarre una conclusione nella direzione della presente indagine, può dirsi che aderendo alla configurazione della vendita di Pugliese, la prospettiva di rinvenire nell'*emptio venditio* classica una forma prodromica di vendita del possesso si esaurisce rapidamente in quanto, riconducendo ad essa l'obbligo di *mancipare* il bene – sempre limitatamente alle sole *res mancipi* –, l'obbligazione del venditore si colora di un *quid* aggiuntivo rispetto alla mera *possessio*.

Sotto questa particolare lente di lettura della fattispecie potrebbe ritenersi che – riducendo l'*emptio venditio* ad una *venditio possessionis* – si è arrivati a fraintendere la concezione romana dell'età classica di tale contratto che faceva riferimento ad una nozione e ad una rilevanza processuale della *possessio* di buona fede *ex iusta causa* differente sia da quella moderna, sia pure da quella postclassica e giustinianea<sup>685</sup>.

In tale contesto sostenere che il venditore fosse obbligato esclusivamente a trasferire il possesso e non la proprietà è il risultato di un condizionamento della dottrina, dovuto a fallaci costruzioni civilistiche, che da un lato finiscono per configurare la garanzia per l'evizione – l'obbligazione tipica dell'atto di alienazione – come autonoma rispetto a quella principale, nonché dall'altro lato a lasciare a margine le implicazioni di questa struttura in materia di validità della vendita di cosa altrui<sup>686</sup>.

#### 16. *Tradere possessionem ed exceptio rei venditae et traditae*.

---

<sup>684</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 167.

<sup>685</sup> Cfr. anche L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio. Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 453 ss.

<sup>686</sup> Sempre secondo L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio. Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, cit., 453, tale dottrina avrebbe frainteso il significato sia dell'enunciazione ulpiana (D. 19.1.11.2, cit., in particolare «*in primis ipsam rem praestare venditorem oportet*»), sia il contenuto dell'affermazione di Afr. 8 *quaest.* D. 19.1.30.1 («...*venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat*[...] »).



Un'ulteriore conferma del fatto che il possesso possa essere oggetto di una disposizione negoziale si rinviene dal rapporto che si può individuare tra l'obbligazione principale del venditore di *possessionem tradere* e l'eccezione di cosa 'venduta e consegnata' interpretata nei termini di una endiadi.

L'eccezione di cosa venduta o consegnata costituisce il rimedio opponibile dal compratore al fine di paralizzare il tentativo di riprendersi la cosa sia da parte di un venditore di *res Mancipi* trasmessa senza *mancipatio*, sia da parte di un venditore di cosa altrui divenutone successivamente proprietario<sup>687</sup>.

In particolare, colui che aveva ricevuto mediante una *traditio* una *res Mancipi* nel caso in cui fosse stato convenuto in giudizio con la *rei vindicatio* da parte del tradente rimasto *dominus ex iure Quiritium* – il compratore che acquistava soltanto secondo il *ius civile* la *possessio ad usucapionem* non poteva infatti usufruire della tutela possessoria tramite gli *interdicta* – poteva opporre l'*exceptio rei venditae et traditae* che si fondava anch'essa sull'acquisto in buona fede in base ad una *traditio ex iusta causa*.

Si tratta quindi della proiezione sul piano sostanziale della legittimazione processuale a fronte di una situazione giuridica sostanziale qualificabile – come noto – in termini di *in bonis habere*, proprietà pretoria o dominio bonitario<sup>688</sup>.

---

<sup>687</sup> Cfr. in termini generali M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL-VI, Milano, 1993, 303 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1998, 722 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 374 ss. Si veda anche S.B. THAYER, *Iusta causa in traditione*, in *BIDR*, III-IV, 1936-1938, 438 ss.; C. LONGO, *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana. Appunti critici*, in *BIDR*, III-IV, 1936-1938, 15 ss.; P. VOGLI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *SDHI*, XV, 1949, 141 ss.; U. BRASIELLO, *Alienatio*, in *SDHI*, XV, 1949, 114 ss.; G. SEGRÈ, *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 411 ss.; V. COLONI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, 1954, 61 ss.; M. BRETONI, *Il trasferimento della proprietà*, in *Labeo*, III, 1957, 133 ss.; M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR*, I-II, 1959-1961, 61 ss.; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali. Diritto privato e storia del diritto*, III, 1965, Milano, 68 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 35 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla distinzione delle 'actiones in rem' e 'in personam' per rapporti estranei al 'ius civile' nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XLI, 1993, 81 ss.; J. MIQUEL, *Compraventa y transmisión de la propiedad*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 89 ss.; O. BEHRENDT, *Iusta causa traditionis: la trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, in *Sem. Compl.*, IX-X, 1997-1998, 133 ss.;

<sup>688</sup> Si tratta di un'eccezione edittale che nel caso di causa fondata sulla compravendita assumeva la seguente formulazione: «*Si non A.A. fundum...N.N. vendidit et tradidit*» («A meno che Aulo Agerio non

Integra un mezzo di tutela offerto – dal lato passivo – al soggetto titolare di una situazione di *possessio ad usucapionem*<sup>689</sup> che tenta di risolvere i molteplici problemi ricollegati all'origine consensuale del contratto di compravendita che, come chiarito, non obbligava al trasferimento della proprietà. Con l'introduzione di tale rimedio processuale «si attribuirono in certo modo effetti reali alla vendita nel senso che se alla vendita fosse seguita la *traditio* della cosa, il compratore aveva un'azione reale contro i terzi»<sup>690</sup>.

Tale strumento – che nel lato attivo si esplica nell'*Actio publiciana* – venne poi esteso anche all'ipotesi di acquirente *a non domino*, quindi anche ad ogni possessore *ad usucapionem*<sup>691</sup>.

Le fattispecie rinvenibili nelle fonti riguardano il conflitto che si può venire a creare tra due successivi acquirenti di una stessa cosa *a non domino*: in particolare, il riferimento va al frammento<sup>692</sup>

Ner. 3 *membr.* D. 19.1.31.2: *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*<sup>693</sup>.

---

abbia venduto e consegnato il fondo a Numerio Negidio). Cfr. O. LENEL, *Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, 511; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 2007, 218.

<sup>689</sup> Anche se in epoca classica, come è stato evidenziato, non si identifica puntualmente con la situazione di dominio bonitario. Cfr. F. GALLO, voce *Actio publiciana (in rem)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1957, 268 ss.; M. NARDOZZA, 'In bonis esse' e 'nudum ius Quiritium', in *Teoria e storia del diritto privato*, 2013, 1 ss.

<sup>690</sup> Cfr. F. GALLO, voce *Actio publiciana (in rem)*, cit., 268.

<sup>691</sup> Cfr. Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.11: *Praetor ait: 'Qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.*

<sup>692</sup> La fattispecie è la stessa riprodotta al frammento Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.9.4: *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.*

<sup>693</sup> S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 25 ss.

L'espressione di *tradere possessionem* fa riferimento alle obbligazioni del venditore<sup>694</sup>, quindi implica la presenza di un obbligo: il venditore deve porre in essere un determinato comportamento nei confronti del compratore.

Ciò che rileva è l'oggetto della condotta, il *tradere*, che non si esaurisce nella mera consegna del bene – in un comportamento materiale – ma racchiude in sé la conclusione di un negozio giuridico.

La fattispecie che si delinea a seguito della conclusione della *traditio* di una *res mancipi* infatti implica una situazione di appartenenza di mero fatto che si trasforma, per opera del pretore che vi accorda tutela, in una signoria giuridica basata sul fatto idonea – nulla osta in questa direzione – a circolare.

Quello che può notarsi è infatti una relazione di corrispondenza tra il contenuto dell'obbligo in capo al venditore discendente dal contratto di compravendita e la struttura del rimedio in questione: si tratta infatti sempre di una disposizione negoziale del possesso.

In particolare, con riguardo a quest'ultimo aspetto, l'intenzione è quella di individuare con precisione la funzione svolta dal rimedio in esame per il tramite del collegamento con il contenuto dell'obbligazione del venditore di far avere il pacifico godimento della *res* come è stato qualificato in precedenza da parte della dottrina maggioritaria<sup>695</sup>.

L'eccezione fa infatti riferimento alla *traditio* conclusa in ragione di una vendita, per cui può dirsi che essa costituisce la ragione giustificativa dell'effetto che realizza ovvero il trasferimento del possesso.

La *traditio* integra un negozio giuridico che può dirsi causalmente qualificato in termini di vendita, la quale ha per oggetto la circolazione del possesso *ad usucapionem*; in altri termini, il trasferimento della *res* in termini di passaggio del possesso non è mai determinato da un mero atto ma ha sempre natura negoziale.

Il trasferimento del possesso acquista quindi una nuova luce: non si guarda alla prospettiva dell'effetto dell'atto posto in essere – la sola *traditio* come principale strumento di acquisto a titolo derivativo del possesso – né a quella dell'oggetto in

---

<sup>694</sup> V. in particolare Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1.pr.

<sup>695</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 13.

quanto resta fermo che si tratta di un *tradere merx*, bensì si cerca di riempire di significato il contenuto della fattispecie attraverso il profilo processuale.

Quest'ultimo permette di dare rilievo alla relazione tra il negozio giuridico e la situazione possessoria, evidenziando quindi che può essere anche il consenso delle parti – espresso nell'*emptio venditio* quale ragione giustificativa del negozio di *traditio* – a dare forma ad una circolazione convenzionale del possesso.

17. L'area tematica della compravendita: il profilo processuale e la *iusta causa traditionis*.

L'aspetto processuale riveste un ruolo fondamentale nell'indagine – per utilizzare il linguaggio dell'oggi – di ciascun istituto di parte sostanziale. Chiarire il contenuto della tutela processuale del compratore può quindi senza dubbio dispiegare meglio il contenuto dell'interesse tutelato dall'ordinamento, andando oltre la corrispondenza biunivoca *actio*-diritto soggettivo<sup>696</sup>.

In particolare, due frammenti tra i molti potenzialmente coinvolti nella presente indagine destano la nostra attenzione:

Pomp. 2 *ex Plaut.* D. 21.3.2: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevius vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovertetur et si ipse Titius eum possideret, publiciana peteres.*

Ulp. 16 *ed ed.* D. 6.1.72: *Si a titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summovertes. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

Nel primo frammento, Pomponio descrive la seguente fattispecie: se Tu ha comprato da Tizio un fondo pertinente a Sempronio e questi sarà stato consegnato

---

<sup>696</sup> G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., *passim*.

dopo averne pagato il prezzo, una volta che Tizio, diventato erede di Sempronio, lo avrà venduto e ne avrà fatta la tradizione a Mevio, Giuliano ritiene essere più conforme all'equità che il pretore difenda il compratore poiché anche nel caso in cui lo stesso Tizio rivendicasse il fondo, egli sarebbe respinto con l'eccezione e se lo stesso Tizio lo possedesse, la tutela dell'acquirente potrebbe esplicarsi per il tramite dell'*actio Publiciana*.

La stessa fattispecie compare nel secondo frammento di Ulpiano: tu ha comprato da Tizio il fondo di Sempronio, ha ricevuto il possesso del fondo per il tramite della tradizione e a fronte del regolare pagamento del prezzo. Tizio è diventato erede di Sempronio e ha venduto e consegnato lo stesso fondo ad una terza persona; in questa situazione è cosa giusta che sia data la preferenza al primo acquirente ai fini dell'acquisto del fondo. Ne consegue che se il venditore rivendicasse il fondo, il compratore potrebbe respingerlo con l'*exceptio rei venditae et traditae*; ma se egli stesso lo possedesse, per ottenerlo si può utilizzare la *replicatio* di cosa venduta e consegnata a fronte dell'opposizione proposta con l'eccezione di giusto dominio.

Ciò che colpisce è il profilo che riguarda la circolazione del possesso: in particolare, la situazione oggetto di trasferimento viene qualificata come situazione giuridicamente inattaccabile a fronte evidentemente di una 'disponibilità patrimoniale'. Ciò che circola è infatti una situazione patrimonialmente autonoma quindi a disposizione del soggetto titolare ed in questa qualificazione si coglie il *quid iuris* di novità in continuità con il presente – per il tramite del consenso del soggetto titolare. Ai fini della tutela in giudizio, il profilo possessorio e la relativa attribuzione patrimoniale prevale rispetto alla mancanza della titolarità formale.

In secondo luogo, con riferimento al rapporto causale dedotto in contratto, viene in rilievo un'ipotesi di *emptio venditio* come *iusta causa traditionis*: un frammento del Digesto – che trova il proprio antecedente nelle Istituzioni di Gaio<sup>697</sup> – viene in supporto a tale interpretazione:

Paul 31 *ad. ed. D.* 41.1.31 pr.: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

---

<sup>697</sup> Cfr. Gai. 2.19: *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

Paolo, nel frammento appena riportato, presenta una sostanziale differenza tra il profilo funzionale e il profilo strutturale del contratto di compravendita; in particolare, sollecita una considerazione sul profilo consensuale della compravendita: quest'ultima infatti, se attuata – quindi a seguito della predisposizione del negozio giuridico di attuazione della volontà contrattuale – trasferisce il diritto; ma se la stessa causa è solo concordata – se quindi l'attenzione si sposta al mero contratto di *emptio venditio* – trasferisce o obbliga a trasferire il solo possesso.

Ciò che preme evidenziare quindi è la naturale configurazione degli strumenti di circolazione dei beni cui si ricollega l'indagine relativa alle forme di appartenenza; nel porre l'attenzione al contratto di compravendita romana, contratto consensuale, emerge che le fonti classiche accostano la configurazione di una situazione possessoria alla manifestazione di volontà dei contraenti; in altre parole, il profilo della volontà non è collegato solo alla produzione di un effetto traslativo, ma interviene a dare forma a situazioni di possesso che, a seconda delle peculiari circostanze, si qualificano in maniera differente.

#### 18. La vendita di cosa propria e la rilevanza 'causale' del consenso.

Importanti sono poi alcuni riferimenti al contratto di *emptio rei suae*.

Non è questa certamente la sede per interrogarsi circa la sua portata all'interno delle fonti classiche, poiché, come noto, si tratta di una questione dibattuta<sup>698</sup>: tendenzialmente nulla in diritto romano classico<sup>699</sup>, è idonea a rendere evididente che

---

<sup>698</sup> Cfr. da ultimo S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 60 ss.

<sup>699</sup> Si veda Ulp. 30 *ad ed. D.* 50.17.45 pr.: *Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest*; Iav. 6 *epist. D.* 41.3.21: *Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes. Item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. Respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non duravit. In venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit*; Pomp. 9 *ad Sab.* 18.1.16 pr.: *Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quodolvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit*; Paul. 32 *ad ed. D.* 17.1.22.3: *Si hi, quorum res veneunt quas pignori dederunt,*

nella nostra prospettiva d'indagine che la vendita non obbligava a trasferire il solo possesso; altrimenti concludere a favore della nullità era una conseguenza inevitabile.

Sulla base dell'analisi delle fonti, si può ricavare che la vendita di cosa propria – pur sempre un negozio consensuale – non soggiace sempre alla sanzione della nullità; in particolare:

Paul 33 *ad ed.* D. 18.1.34.4: *Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio id agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset.*

con specifico attenzione all'inciso '*rei suae emptio tunc valet, cum ab initio id agatur, ut possessionem emat*<sup>700</sup>.

Paolo individua infatti un'ipotesi di *emptio possessionis*, nella quale la *possessio* passa in forza del solo accordo tra le parti, quindi a seguito della manifestazione di una volontà.

Tuttavia, a ben vedere, il possesso non è l'oggetto esclusivo del contratto di vendita concluso, ma l'unico effetto possibile: nella fattispecie appena indicata, viene in gioco un contratto volto a recuperare – convenzionalmente – la *possessio* non viziosa del venditore sulla *res emptionis*.

Lo stesso è stato sostenuto con riguardo al frammento – aspramente criticato per quanto concerne i sospetti di interpolazione, ma ritenuto nella sostanza genuino<sup>701</sup>, contenuto in

---

*supposuerunt emptores et eis emendas res mandent, mandatum intellegitur, licet quantum ad meram rationem mandatum non constituit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuae*, Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.18 pr.

<sup>700</sup> Sul frammento vedi in particolare, C. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, XLV, 1979, 123 s.; C. RUSSO RUGGERI, *Suae rei emptio consistere non potest*, cit., 2835 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 339; P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, Padova, 2000, 113; più di recente, A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004, 103 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteivillens in Klassischen römischen Zivilprozess*, München, 2006, 176 ss.

<sup>701</sup> Da un lato vi è il pensiero riconducibile a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 128; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 339; P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, cit., 112, secondo i quali il frammento si porrebbe in un rapporto regola-eccezione con la compravendita e, di conseguenza, da esso non si potrebbe dedurre la configurabilità di un'*emptio possessionis*. L'inciso *cum ab initio agatur ut possessionem emat*, infatti, evidenzerebbe la particolarità del caso di specie e non andrebbe a contraddire il principio – generale – della nullità della compera *rei suae*. Principio che sarebbe dedotto

Tert. 1 *quaest.* D. 41.2.28: *Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? Multum refert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere an ignorem: et utrum quasi non meam rem conducam an quasi meam: et sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas et ego eam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat.*

nel quale viene ammessa la validità di un'*emptio rei suae* conclusa per recuperare il possesso del bene in una prospettiva di portata più generale<sup>702</sup>.

Anche in questo frammento la fattispecie attiene ad un contratto di vendita concluso dalle parti allo scopo di ottenere il possesso del bene. E il fatto che si tratti del consenso come fonte del trasferimento – del consenso come *titulus* per il trasferimento del possesso – emerge con forza proprio dal confronto con ulteriori frammenti che invece negano tale possibilità.

In altri termini, accanto alla vendita di cosa propria ritenuta nulla sul presupposto che la causa tipica della compravendita non trova realizzazione – pur non obbligando il venditore a trasferire la proprietà, sarebbe comunque destinata a far

---

dai frammenti sopra citati, v. nt. 448. Sempre sotto il profilo esegetico, pur ammettendo la compera di cosa propria, P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, cit., 113, ritiene che la frase finale «*et in iudicio possessionis potior esset*» può dar luogo a due interpretazioni: a) il compratore acquista la cosa propria allo scopo di poter in seguito prevalere in un giudizio possessorio o b) si può far dipendere quella proposizione da «*possessionem... quam forte venditor habuit*» e leggerla nel senso che il compratore preferisce ricorrere alla vendita perché, godendo il venditore di un possesso non vizioso, sarebbe vittorioso in un giudizio possessorio e il compratore si troverebbe costretto a esercitare la rivendica. Il contratto sarebbe stato sì valido, ma limitatamente a questo frangente, poiché nell'accordo programmatico le parti avevano statuito di prevedere sin dall'inizio il trasferimento del solo possesso. Dall'altro lato, vi è l'interpretazione di chi ritiene che la regola *suae rei emptio non valet* non si mostra, nelle fonti, una regola astratta ed assoluta: nei frammenti che trattano l'argomento si può notare che la statuizione dei giureconsulti era attagliata alle peculiarità della singola questione, avendo opportunamente tenuto in considerazione sia lo scopo delle parti, sia valutato in concreto gli effetti che l'atto – valido – sarebbe stato in grado di produrre, compiendo delle riflessioni che sfociavano nella nullità o nella validità della compera. In questo senso C. RUSSO RUGGERI, *Suae rei emptio consistere non potest*, cit., 2854 s.

<sup>702</sup> G. OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*<sup>2</sup>, a cura di M. Bin, I, t. II, Padova, 1999, 778.



acquisire al compratore la pacifica e definitiva disponibilità della cosa e, in definitiva, la proprietà della stessa mediante usucapione; quanto appena detto nell'ipotesi di vendita di cosa propria non potrebbe mai realizzarsi – sarebbe ammessa un'ipotesi in cui la volontà è destinata non all'acquisto della proprietà, ma all'acquisto del possesso configurabile quindi come disposizione negoziale del possesso.

Ciò che si vuole evidenziare, infatti, non vuole rientrare nel dibattito circa l'ammissibilità o meno del contratto di vendita di cosa propria, ma ci si vuole limitare a evidenziare che le fonti mostrano come evidente l'accostamento della volontà negoziale ad una situazione possessoria. In altri termini, a prescindere dalla soluzione che viene individuata dai giuristi al singolo caso di specie, rileva l'ammissibile configurazione di un contratto consensuale nel quale l'elemento della volontà appare preordinato all'acquisto del possesso<sup>703</sup>.

È stato sostenuto infatti che nel frammento appena richiamato risulta corretto parlare di una vera e propria *emptio possessionis* poiché il profilo dogmatico relativo alla compravendita – e la tipicità causale – chiamato in gioco da chi nega l'ammissibilità di tale istituto<sup>704</sup> non andrebbe scomodato a fronte delle affermazioni testuali delle fonti che operano sul piano della concreta disponibilità dei beni cui viene offerta disciplina, mantenendo il silenzio sullo sfondo dogmatico della questione<sup>705</sup>.

Ancora, in questa direzione, anche l'imbarazzo della dottrina che non riuscirebbe più a distinguere questa vendita dalla vendita tipica (obbligazione di *possessionem tradere* cui si affianca inevitabilmente il negozio idoneo a produrre il definitivo effetto traslativo<sup>706</sup>) non avrebbe senso.

---

<sup>703</sup> Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Suae emptio consistere non potest, in 'Soliditas'. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, 2834, in specie nt. 66; M. TALAMANCA, *Contributi alla palinogenesi della giurisprudenza romana*, in *Estudios A. Calonge* II, 1026, nella quale l'autore esprime la validità della vendita di cosa propria in quanto consapevolmente configurata come *emptio possessionis*.

<sup>704</sup> Secondo A. CARCATERA, *I negozi giuridici sulla cosa propria*, in *Annali Bari*, XVIII, 1940, 2 ss., si può addirittura parlare di un 'assurdo' sul piano dogmatico. Cfr. da ultimo S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 62.

<sup>705</sup> M. TALAMANCA, *Contributi alla palinogenesi della giurisprudenza romana*, in *Estudios A. Calonge* II, 1024 ss.

<sup>706</sup> La compravendita avente ad oggetto una cosa di proprietà del compratore avrebbe prodotto comunque l'effetto di procurare al *dominus* la *possessio* della propria cosa di cui al momento della vendita fosse stato privo; non si comprenderebbe la 'cifra' caratterizzante l'*emptio rei suae* rispetto ad una normale

Potrebbe infatti facilmente obiettarsi che è proprio l'elemento del consenso, che emerge di volta in volta dal singolo caso di specie, a specificare l'oggetto di trasferimento; è la volontà delle parti – pur sempre una volontà che trova esplicazione per il tramite di uno strumento contrattuale tipizzato – a plasmare la situazione possessoria oggetto di vendita, fatta salva la presenza, talvolta, di limiti alla realizzazione del risultato voluto dai contraenti riconducibili a presupposti concreti della fattispecie, limiti che tuttavia sono esogeni, esterni sia rispetto al profilo della volontà, sia a quello del possesso.

Ulteriore 'controprova' di quanto appena affermato può rinvenirsi in due frammenti:

Paul 5 *ad Sab.* D. 18.1.15.2: *Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit*<sup>707</sup>.

Paul. *sing. de iuris et facti ignor.* D. 22.6.9.4: *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur*<sup>708</sup>.

Nelle fattispecie sopra riportate, infatti, il trasferimento del possesso può intendersi come unico effetto possibile – ma senza dubbio ammesso – del contratto di vendita in forza del consenso manifestato dalle parti; tale effetto si ha soprattutto in relazione a ipotesi peculiari di *possidere nomine alieno*.

---

compera, in cui l'*emptor* acquistava un potere di disposizione che lo rendeva solo un 'potenziale' proprietario.

<sup>707</sup> V. P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., 102 ss.; R. REGGI, *L'errore in domino nella traditio*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 110 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Suae rei emptio consistere non potest*, cit., 2819 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 57, in specie nt. 146; G.C. BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, 2008, 280 ss.

<sup>708</sup> V. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 111; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 272 s.

È noto infatti che con riguardo al modo di conclusione del contratto basato sul consenso delle parti, questo può aversi *inter absentes*, per lettera o per *nuntium*. Vi è quindi un principio di libertà della forma; tale libertà di forma vale anche per l'*auctoritas tutoris* (come si evince da Gai. 12 *ad ed. prov.* D. 26.8.9.6)<sup>709</sup>. In altri termini, la validità del contratto risiede proprio nel fatto che l'unico effetto possibile è quello di trasferire il possesso.

Vale la pena precisare in che termini può dirsi sussistente una compravendita che, a seconda dell'intenzione delle parti, realizza il trasferimento di un *quid* differente. Soccorre a questo proposito l'enunciazione finale di Labeone a proposito dell'*aliud genus contractus* al fine di identificare quella che, sempre richiamando le categorie concettuali dell'oggi, possiamo definire la funzione economico-sociale del tipo vendita. Il frammento in questione è contenuto in:

---

<sup>709</sup> Lo stesso può dirsi per l'acquisto da parte del servo come si evince da Iav. 14 *epist.* D. 41.2.24: *Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignorantibus tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest acquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. Nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. Quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.* Per l'acquisto della parte indeterminata v. Pomp. 26 *ad Quint. Muc.* D. 41.2.26: *Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: 'quidquid mei iuris in eo fundo est': nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest.* Per l'acquisto del possesso tramite il colono ammesso nel caso di acquisto tramite il contratto di compravendita, negato in ipotesi di istituzione di erede: si veda Pap. 23 *quaest.* D. 41.2.44.1: *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. Dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem,* Paul. 15 *ad Sab.* D. 41.2.32.2: *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam indicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest.* La specificazione del consenso e dell'apertura ad ipotesi di acquisto del possesso per altri vale anche per la differente tipologia di possesso utile ai fini dell'usucapione: Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.11: *Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine apiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere: quod si non peculiari nomine, non nisi scientem me: et si vitiose coeperit possidere, meam vitiosam esse possessionem.*

Lab. 5 *post. Iav. epit.* D. 18.1.80.3: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*

L'interpretazione risulta difficilmente non sostenibile in questi termini: se non si può parlare di trasferimento del dominio, allora non si può parlare di compravendita ma di locazione ovvero di *aliud genus contractus*<sup>710</sup>.

Arangio-Ruiz – che come già visto inquadra in termini tradizionali l'obbligazione principale del venditore – considera lo 'spazio' compreso tra l'obbligazione di trasferimento del mero possesso e la necessità di realizzare il trasferimento del dominio una 'strettoia' dalla quale risulta «che l'incapacità del nostro contratto a fondare un obbligo preciso di trasferimento della proprietà non ha un fondamento economico, ma è un indizio di una impossibilità tecnica»<sup>711</sup>.

Questa ricostruzione si scontra con quanti ritengono invece che il trasferimento del dominio non rientra tra gli elementi disponibili del contratto: «l'esclusione della configurazione del contratto di vendita nel caso di accordo *dominium ne ad emptorem transeat* elimina l'astratta possibilità di configurare il trasferimento del dominio come mera eventualità, orientando invece per la necessità 'causale' dello stesso. Il trasferimento del dominio, in altri termini, non è effetto solo normale, ma un effetto necessitato ed elemento imprescindibile del programma causale del contratto di compravendita»<sup>712</sup>.

In ogni caso – e questa osservazione si ritiene debba acquistare un ruolo centrale nell'indagine che si sta affrontando – occorre tornare a chiarire il rapporto intercorrente tra il profilo di perfezionamento della fattispecie contrattuale, il profilo causale, nonché gli effetti – senza dubbio almeno – obbligatori che ne derivano.

Il modo di perfezionamento del contratto è legato esclusivamente al consenso e questo dato è incontrovertibile: il consenso delle parti è idoneo a ritenere concluso il contratto di compravendita che, per rimanere fedeli alla lettera delle fonti, integra una obbligazione *consensu contracta*.

---

<sup>710</sup> Cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 66 ss, in specie 179 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 126 s.

<sup>711</sup> In questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 163.

<sup>712</sup> S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 72.

Il profilo causale e quello obbligatorio sono strettamente connessi, ma resta da chiarire in che misura un contratto che si fonda sull'elemento della volontà possa realizzare una causa autonoma che proprio perché tipizzata prescinda dall'elemento delle volontà.

In altri termini, non potrebbe interpretarsi la strettoia cui si è fatto riferimento dando maggior valore proprio al profilo consensuale? Perché individuare nella mancanza di un espresso effetto reale riconducibile all'*emptio venditio* un limite (tecnico o economico che sia) e non invece una scelta consapevole da parte dei giuristi che di volta in volta configurano la causa della compravendita a seconda della volontà manifestata dai contraenti?

La struttura del contratto di compravendita – quindi la valorizzazione dell'elemento indiscusso del consenso – potrebbe far propendere per una interpretazione più ampia del suo profilo causale in termini di 'disponibilità del bene' ovvero di attribuzione patrimoniale – proprio perché oggetto del trasferimento è sempre la cosa e non il possesso, né il diritto sulla cosa – che, a seconda delle circostanze assume i connotati di una specifica situazione di appartenenza.

Controprova risiede nel fatto che volendo focalizzare l'attenzione ad un contratto di vendita volto a trasferire il dominio – in una prospettiva volta a superare la visione di tale effetto come necessitato – «occorre tuttavia precisare che un tale effetto» – valorizzando la complessità legata a tale situazioni di appartenenza – «non è da ricondurre solo alla 'intenzione delle parti'. La sua necessità si configura, infatti, (...) come elemento oggettivo caratterizzante ai fini della stessa configurabilità del contratto, al punto da incidere sulla stessa libertà e sulla stessa volontà contrattuale delle parti»<sup>713</sup>.

Quanto appena detto può trovare certamente una conferma nell'ulteriore profilo di indagine della circolazione del possesso che si ricollega alla valorizzazione della garanzia per l'evizione così come sarà chiarito.

#### 19. Il venditore e l'*ob evictionem se obligare*.

---

<sup>713</sup> S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 72 s.

Per quanto riguarda la garanzia per evizione – meglio il profilo legato al *possessionem tradere* e la responsabilità per evizione – il punto di partenza è sempre il medesimo, ovvero si tratta di un obbligo discendente dal contratto di *emptio venditio*.

Occorre dire che ciò che tenderà di dispiegare attiene alla funzione svolta da tale garanzia, ovvero quella di garantire l'effettivo impossessamento della *res*, favorendo una circolazione traslativa del possesso; quindi la garanzia per evizione in termini di garanzia del possesso in funzione della difesa dell'appartenenza materiale del bene.

Differenti sono i quesiti che sorgono: in primo luogo, si cercherà di comprendere cosa si intende per garanzia per evizione;<sup>714</sup> in secondo luogo, si indagherà se la diversa qualificazione dell'obbligazione principale del venditore – *possessionem tradere* ovvero *mancipio dare*<sup>715</sup> – riveste ricadute peculiari in merito al profilo dell'evizione<sup>716</sup>.

È noto che il sistema della garanzia per evizione subisce una progressiva evoluzione nel sistema delle fonti classiche: da effetto garantito in forza dell'*auctoritas* diventa riconducibile poi, a seguito dell'evoluzione del contratto di *emptio venditio*, direttamente al contratto di medesimo, costituendone una vera e propria obbligazione, sanzionabile con *actio empti* di buona fede. Alcune brevi riflessioni.

Per quanto concerne il primo interrogativo – quindi sul punto che la garanzia per evizioni derivi direttamente o meno dal contratto di compravendita – la dottrina è divisa: da un lato, si tende a ricondurre tale tipo di obbligo come discendente direttamente dal contratto di compravendita, in quanto dal testo non risulta possibile in alcun modo scindere autonomamente la prestazione oggetto di tale obbligo riconducendola ad una fonte differente<sup>717</sup>; in senso contrario, tuttavia, si ritiene – ed è

---

<sup>714</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano, 2010, 99 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., 279 ss.

<sup>715</sup> Cfr. Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1pr.

<sup>716</sup> Cfr. G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, cit., 59 ss.

<sup>717</sup> Si ritiene infatti che il verbo utilizzare nel frammento, *sufficit*, non possa passare inosservato. Cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto*, cit., 210, «*sufficere* significa essere sufficiente, bastare e ciò, normalmente, nel quadro di un contesto di più ampio respiro nell'ambito del quale l'individuazione di

questa l'interpretazione maggioritaria – che la garanzia in esame troverebbe fonte in un'autonoma e separata obbligazione verbale<sup>718</sup>, per cui non potrebbe qualificarsi come un obbligo riconducibile al contratto di compravendita<sup>719</sup>.

In particolare, proprio a partire dall'analisi letterale del testo<sup>720</sup>, occorre notare che la sequenza proposta per indicare le prestazioni cui il venditore è obbligato dal contratto è la seguente: ...*sufficit a) ob evictionem se obligare* (prima obbligazione); b) *possessionem tradere* (seconda obbligazione); c) *et purgari dolo malo* (terza obbligazione), *itaque, si evicta res non sit, nihil debet* (riferimento alla prima obbligazione).

In altre parole, «è proprio il riferimento all'evizione che gioca un ruolo chiave nell'individuazione del contenuto dell'obbligazione del venditore: esso apre e chiude tutto il discorso del giurista relativo a questo particolare profilo»<sup>721</sup>.

Concentrarsi sul profilo dell'evizione, infatti, permette di riempire di significato anche la principale obbligazione del venditore che, come visto, risulta a sua volta oggetto di un forte dibattito.

Ciò che in questa sede si vuole sostenere è il concetto per cui è necessario intendere il venditore obbligato a trasferire il solo possesso – non a *manipare res* – e questo si ricava proprio dal fatto che il meccanismo dell'evizione è direttamente

---

un quantum 'bastevole' è appunto tale solo rispetto ad esso». In questo senso v. anche S.A. CRISTALDI, *Dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 126, in specie nt. 19.

<sup>718</sup> Per la stipulazione in forma di garanzia per evizione, con *stipulatio habere licere*. Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.8: *Idem neratius, etiamsi alienum servum venderis, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio*. In materia di *stipulatio duplae*. Ulp. 32 *ad ed.* D. 21.2.37.1: *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*.

<sup>719</sup> Cfr. in questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 346 ss; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 392 s.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà*, cit., 48. In particolare, tale interpretazione si fonda proprio sull'assunto che l'obbligazione principale del venditore non può che essere quella di *possessionem tradere* nel significato di trasferimento del pure e semplice possesso, per cui addirittura «non v'è alcuna possibilità di ritenere che i *prudentes* identificassero l'obbligo del venditore circa il trasferimento della cosa in modo diverso dal *possessionem tradere*». In questo senso, M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (diritto romano)*, 383.

<sup>720</sup> Cfr. Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1pr.

<sup>721</sup> In questo senso, S.A. CRISTALDI, *Dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 127.

orientato a garantire in capo al compratore non un qualunque possesso, non una materiale disponibilità della *res*, ma un possesso qualificato, una situazione possessoria dotata del carattere della disponibilità<sup>722</sup>.

La responsabilità del soggetto venditore viene quindi direttamente ricollegata al profilo dell'evizione: la causa del contratto di compravendita, quindi, «obbliga, perciò il venditore alla creazione di una situazione possessoria (...) ma contraddistinta necessariamente dal carattere della definitività, la quale (...) avrebbe in concreto assumere diverse 'colorazioni' e denominazioni a seconda dell'angolo visuale di riferimento»<sup>723</sup>.

Pomp. 39 *ad q. muc.* D. 18.1.67: *Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum.*

Pomponio, nel passo appena indicato, fa riferimento alla possibilità di effettuare una vendita e si concentra sul profilo causale<sup>724</sup>. In particolare, infatti, ciò che viene trasferito ad altri nell'atto di alienazione posto in essere – con l'intento di trasferire il *dominium* – si trova nella stessa situazione giuridica in cui si sarebbe trovata se la cosa trasferita fosse rimasta al venditore e questo criterio si applica a tutto il *ius civile*, a meno che non sia stabilito espressamente qualcosa in contrario.

Ci si domanda quindi se la volontà delle parti che si esplica in un contratto di compravendita possa esplicitarsi nel senso di voler trasferire tra loro il mero possesso, essendo questa la situazione giuridica di appartenenza in capo al venditore.

Si sono già delineati i contorni relativi alla garanzia per evizione che discende dal contratto di compravendita; si tratta di chiarire il rapporto – lasciato in sospeso – tra tale obbligazione e la circolazione del possesso in una prospettiva nuova volta a

---

<sup>722</sup> Si può riprendere il ragionamento svolto con riguardo alla donazione di bene altrui, in particolare in relazione al concetto di quotina. Cfr *supra*, Cap. II, § 20.

<sup>723</sup> V. S.A. CRISTALDI, *Dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 129, in specie nt. 25.

<sup>724</sup> Cfr. di recente A. CRISTALDI, *Dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 45; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 157.



dare rilevanza non solo ‘all’aspettativa del venditore’ ma anche a quella del compratore, valorizzando gli interessi di entrambi composti nel consenso contrattuale.

La più recente indagine sul contenuto dell’obbligazione del venditore, anche avuto riguardo al profilo connesso all’evizione, evidenzia la complessità tecnica del contenuto del contratto di *emptio venditio*: mostra il ‘prisma che scompone l’appartenenza in relazione all’angolo di riferimento’<sup>725</sup>.

Accanto alle interpretazioni di *possessio* – riconducibile alla più tradizionale teorica del *possessionem tradere* – e di *dominium* – riconducibile a quella del *mancipare res* – si affianca l’*habere*, situazione reale che nella sua realizzazione minima coincide con l’*in bonis*; in ogni caso di tratta di una situazione idonea ad una tutela maggiore rispetto a quella accordata dagli interdetti possessori.

Tale situazione, in base a numerose fonti, non è possibile ricondurla alla nozione di possesso<sup>726</sup>, ma è pur sempre una situazione di appartenenza dal contenuto più ampio della mera *possessio* che, in forza della tutela per il tramite di un’*actio in rem* si avvicina maggiormente ad una situazione di *dominium*; è la situazione minima definitiva che il venditore è obbligato a trasferire per soddisfare l’interesse del compratore.

Ciò che ne deriva in ogni caso è che la compravendita romana non limita la sua portata applicativa alla sola categoria dei diritti: a prescindere dal complesso aspetto terminologico che sicuramente rileva – anche sulla base della breve digressione che seguirà con riguardo ai profili di ‘circolazione’ del possesso legati intimamente alla sua

---

<sup>725</sup> S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, cit., *passim*.

<sup>726</sup> Cfr. Paul. 2 ad ed. aed. cur. D. 21.2.35: *Evictus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi abscessa est: itaque si serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio: sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione*, Paul. 33 ad ed. D. 18.1.34.6: *Si emptio ita facta fuerit: ‘est mihi emptus Stichus aut Pamphilus’, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet*, Iul. 58 dig. D. 21.1.43: *Vaccae emptor, si vitulus qui post emptionem natus est evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia nec ipsa nec usus fructus evincitur. Nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari*, Paul. 33 ad ed. D. 50.16.188: pr. *‘Habere’ duobus modis dicitur, altero iure domini, altero optinere sine interpellatione id quod quis emerit. 1. ‘Cautum’ intellegitur, sive personis sive rebus cautum sit.*

configurazione – è innegabile che nelle fonti possesso (variamente inteso) e vendita (nei termini minimi si manifestazione di volontà) sono accostati, per cui ci si potrebbe spingere a ritenere qualificabile – sulla scorta della soluzione offerta dal presente – il contratto atipico di vendita del possesso.

Chiudendo il discorso in tema di ‘area attinente al contratto di compravendita’ potrebbe quindi riprendersi la considerazione per cui – avendo a mente il contenuto del frammento di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.pr. – Paolo, postergando il *possessionem tradere* al profilo dell’evizione, fa derivare la responsabilità del venditore ad una fattispecie di ‘impossibilità oggettiva di realizzazione dello scopo del contratto’, obbligando infatti il venditore alla creazione di una situazione possessoria contraddistinta dal carattere della definitività<sup>727</sup>.

Tale situazione potrebbe in concreto assumere diverse ‘colorazioni’ e denominazioni<sup>728</sup> – anche di *possessio tout court* – a seconda dell’angolo visuale individuato dal consenso alla cui manifestazione sorgono le obbligazioni in capo a ciascun contraente.

Quelle che saranno analizzate nel prosieguo sono fattispecie queste nelle quali si prescinde dalla struttura del negozio giuridico, per cui il possesso circola in quanto così ricostruito nelle fonti.

## 20. L’area tematica del possesso: l’apporto della giurisprudenza classica.

Si tratta ora di ripercorre brevemente lo sviluppo di un’idea, quella di possesso, in una prospettiva più tradizionale che guarda direttamente alla nozione giuridica.

---

<sup>727</sup> Cfr. L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica-comparatistica*, cit., 127 ss; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, cit.; G. ROMANO, *Brevi considerazioni su Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.4: tra tradizione testuale e proposte emendative*, cit., 1 ss.

<sup>728</sup> Alle considerazioni appena svolte, riprendendo il pensiero di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., ci si potrebbe infatti chiedere cosa avrebbe dovuto – sarebbe forse più corretto dire voluto – trasferire al compratore il *civis* di un fondo provinciale, nonché il *civis* concessionario di un *ager publicus*, sul presupposto che i Romani avevano una chiara consapevolezza delle distinzioni dei vari tipi di possesso – e in generale delle varie situazioni di appartenenza – nonché delle caratteristiche del possesso medesimo.

Si è già provveduto a ripercorrere lo sviluppo storico delle fonti che intervengono a delineare, con riferimento agli elementi costitutivi del possesso<sup>729</sup>, una composita realtà che tuttavia risulta caratterizzata da un denominatore comune: il possesso è, sulla base del maggior numero di fonti, una situazione fattuale modellata dall'elemento materiale del *corpus* e dall'elemento spirituale dell'*animus*.

In questa sede, si vuole dare maggior rilievo al requisito dell'*animus*, in relazione ad alcuni frammenti in materia di acquisto del possesso. L'*animus*, infatti, ha ricoperto un ruolo differente a seconda della fattispecie, nonché in relazione al diverso periodo storico nel quale si inserisce il pensiero del giurista che offre la propria soluzione al caso di specie.

Volgendo lo sguardo alle fonti classiche, può dirsi in primo luogo che Gaio si è occupato di svelare il contenuto dell'elemento dell'*animus* all'interno di numerosi frammenti delle sue Istituzioni<sup>730</sup>:

Gai. 2.86: *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.*

Gai. 4.153: *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. Et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem*

---

<sup>729</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, § 5.

<sup>730</sup> Si veda anche Gai. 2.89-90: *Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus adquiritur nobis, sed etiam possessio; cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit. 90. Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus. Gai. 2.94-95: De illo quaeritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possideamus. Per eum vero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem quam proxime exposuimus, id est si quid ex re nostra vel ex operis suis dquirant [id nobis adquiritur]. 95. Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur an <per extraneam> personam nobis adquiratur.*

*posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. Qui etiam plerique putant animo quoque retineri possessio <nem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione> neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus retinere possessionem videamur. Adipisci vero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus.*

Il giurista antoniniano si colloca nel filone di pensiero di coloro che escludono la possibilità di acquisto *solo animo* del possesso, ritenendo quindi che il possesso può essere acquistato solo per il tramite di un'apprensione materiale – corporale – della cosa<sup>731</sup>.

In particolare, Gaio, esplicitando i soggetti tramite i quali si possiede, afferma che il possesso si acquista per mezzo di coloro che abbiamo in potestà, ma non specifica le «concrete modalità che consentono l'acquisto del possesso»<sup>732</sup>.

La riflessione in materia di acquisto del possesso viene proseguita da Labeone, il quale si espone in relazione a beni non facilmente esportabili a causa della loro dimensione o del loro peso.

---

<sup>731</sup> Cfr. G. D'ANGELO, *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino 2007, su cui v. le recensioni di H. ANKUM, in *SCDR*, XXII, 2009, 677 ss., e C.A. CANNATA, in *Iura*, LIX, 2011, 299 ss.; G. D'ANGELO, *Occupazione clandestina e lex Pautia de vi*, in *AUPA*, LV, 2012, 279 ss.; F. LA ROSA, *Possidere propter usum fructum' (Cic. Pro. Caec. 32.94). Un'ipotesi*, in *Iura*, LVIII, 2010, 225 ss.; P. LAMBRINI, *Corpus e animus da Lucrezio a Labeone*, in *Noctes iurisprudentiae. Scritti in onore di Jan Zablocki*, Bialystok, 2015, 155 ss. Con riguardo alle principali conseguenze che discendono sul piano sistematico cfr. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 31, nel quale l'Autore indica i frammenti di riferimento: Paul. 54 ad ed. D. 41.2.1.pr.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoxyn dicunt*; Paul. 54 ad ed. D. 42.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est*; Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.5: *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dedit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

<sup>732</sup> Cfr. P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 30.

Iav. 5 *ex post Lab. D. 41.2.51: Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essententiarum sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.*

Nel frammento in oggetto è Giavoleno che si esprime in relazione ad un caso di acquisto *solo animo* del possesso relativo ad un contratto di compravendita<sup>733</sup>.

Analizziamo da vicino la fattispecie: Labeone afferma che è possibile acquistare il possesso in relazione a determinate categorie di cose – come nel caso della compravendita di una grande quantità di legname, di numerose anfore di vino – quando su di esse il compratore pone la custodia.

Si tratta quindi di un'eccezione alla regola che riguarda beni non trasportabili per i quali si integra l'acquisto *solo animo* del possesso: nel momento in cui il compratore è stato autorizzato dal compratore a portare via la merce, si realizza il trasferimento del possesso, cui devono aggiungersi tutti gli altri effetti che alla *traditio* si riconnettono.

Il frammento, come è stato evidenziato, permette da un lato di verificare l'acquisto del possesso in assenza di una apprensione effettiva della *res*; dall'altro lato, permette di rinvenire la presenza di una *corporis traditio* da parte di un terzo intermediario<sup>734</sup>.

Alle stesse conclusioni si perviene avendo riferimento al frammento contenuto in:

---

<sup>733</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS, XXXIV, 1913, 201; C.A. CANNATA, *Dalla nozione di 'animo possidere'*, cit., 86; P. VOCI, *Modi di acquisto*, cit., 113 s.; G. MAC CORMACK, *The Role of Animus*, cit., 110; W.M. GORDON, *Studies in the Transfer*, cit., 55; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 120 s.; da ultimo, P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 37.

<sup>734</sup> Cfr. in questo senso P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., 38 s.

Paul 54 *ad ed. D. 41.2.1.21: Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.*

Senza entrare nei dettagli della fattispecie, infatti, si può sinteticamente ritenere che Paolo si pronuncia in relazione all'acquisto del possesso tramite un *procurator*: si ritiene non sia necessario che si verifichi l'apprensione corporale del bene – *adprehendere possessionem corpore et tactu* – ma è sufficiente che le parti si siano accordate sul loro trasferimento<sup>735</sup>.

Anche in questo caso la fattispecie attiene a beni non facilmente trasportabili – *acervum lignorum* o *anphorae vini* – che si intendono consegnati al compratore quando quest'ultimo, alla presenza della cosa oggetto di trasferimento, si è accordato con il venditore al fine di realizzare tale trasferimento.

Si tratta quindi di frammenti che sino ad ora sono stati studiati in una prospettiva tradizionale come esempi di acquisto del possesso tramite un terzo, ovvero come ipotesi di acquisto *sono animo* del possesso.

Non si vuole certamente disconoscere gli esiti cui è giunta l'autorevole dottrina, ma evidenziare che laddove l'attenzione si concentri non tanto nella direzione appena indicata – volta a riconoscere di volta in volta gli elementi costitutivi del possesso –, ma sul titolo che fonda la circolazione del possesso medesimo, ciò che emerge sono ipotesi nelle quali è l'elemento della volontà che incide sulla circolazione del possesso.

Si tratta infatti di casi nei quali il possesso circola da un soggetto ad un altro per il tramite di una disposizione negoziale integrata nello specifico da un contratto di compravendita; in altri termini, è la volontà delle parti contraenti – che nel frammento

---

<sup>735</sup> Cfr. I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso*, cit., 258; S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, cit., 202; M. BRETONNE, *Adquisitio per procuratorem?*, in *Labeo*, I, 1955, 280 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 123; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano, 1960, 139 ss.; M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza in diritto romano*, Milano, 2008, 277 ss.; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 128.

paolino coincide con l'inciso *cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint* – che plasma il contenuto della situazione possessoria oggetto di circolazione.

21. La *possessio* quale situazione di diritto come un'opinione non isolata.

Mantenendo fermo quanto chiarito nel capitolo precedente con riguardo alle diverse qualificazioni del possesso in diritto positivo<sup>736</sup>, può dirsi che anche nelle fonti classiche, senza alcuna ricostruzione del dibattito in termini dogmatici, vi sono alcune fonti che evidenziano la possibilità di ampliare la nozione di possesso sino a ricomprendere al suo interno una componente giuridica, espressa, secondo taluni, persino nei termini di diritto soggettivo<sup>737</sup>.

L'idea che si vuole fare emergere è quella secondo cui la nozione di possesso nei termini di mera *res facti* non appartiene alle fonti classiche, le quali infatti non rappresentano tale situazione di appartenenza all'interno di una cornice dogmatica: la definizione di *possessio* come la sommatoria di *corpus* più *animus* – che ha condotto verso l'interpretazione tradizionale di situazione di fatto – non è propria delle fonti. Quest'ultime, al contrario, manifestano in più occasioni la presenza di una componente giuridica del possesso; tale componente giuridica attraversa l'evoluzione storica dell'istituto, per cui risulta possibile ancora oggi – in una prospettiva di assimilazione passato-presente – avvalorare una qualificazione del possesso come situazione giuridica idonea a realizzare vantaggi giuridici per il suo titolare.

---

<sup>736</sup> Cfr. *supra*, Cap. II.

<sup>737</sup> Il riferimento va a F.C. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Wien, 1865, il quale parla di *ius possessionis* facendo riferimento ai diritti che scaturiscono dal possesso; GANS; BEKKER, il quale, come Savigny, ritiene che il termine *possessio* sia utilizzato per indicare le conseguenze giuridiche del possesso, fraintendendo quindi il suo reale significato. Il possesso quindi produce delle conseguenze giuridiche, i c.d. *commoda possessionis*, che secondo il Savigny sono solamente l'usucapione e il diritto agli interdetti; si ritiene infatti che l'effetto più vero e diretto del possesso sia costituito proprio dalla sua tutela. V inoltre JHERING per il quale invece il possesso è un vero e proprio diritto in quanto quest'ultimo è un interesse garantito e la disciplina dell'istituto non fa altro che confermare tale natura. Più di recente, B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, 120 ss.; G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 90 ss.

La risposta alla domanda ‘quale sia la natura giuridica della situazione possessoria’ non è così scontata come sembra<sup>738</sup>.

Come accennato, c’è chi si è spinto sino a riconoscere nel possesso un vero e proprio diritto soggettivo: il richiamo va soprattutto alla tesi proposta da Dusi, il quale ritiene che «il possesso implica sempre un potere della volontà; questa volontà che di fatto impera sulla cosa diventa mediante la protezione giuridica che la legge le accorda un potere socialmente efficace, in quanto può attuarsi esteriormente nelle relazioni con gli altri uomini, imponendo loro un determinato comportamento personale; diventa, in una parola, un vero diritto subiettivo»<sup>739</sup>.

Si tratta di una valutazione che, ancora una volta in termini di comparazione passato-presente, rinviene nella teoria volta a supportare la componente comportamentistica del possesso la propria essenza<sup>740</sup>: «in una logica materialistica, quale doveva essere quella dei Romani, l’appartenenza, il titolare dell’appartenenza, l’atto traslativo dell’appartenenza, vengono designati con lo strumento che esprime l’idea del possesso – e non della proprietà –: la mano»; inoltre, sempre nella stessa direzione, «è sintomatico che il diritto romano arcaico definisca la primitiva situazione dell’appartenenza con il termine *mancipium*, ossia non in rapporto all’oggetto, ma al soggetto che ne è titolare»<sup>741</sup>.

Si utilizza in maniera generica l’espressione ‘situazione’ proprio perché – nel filo rosso che ci unisce al passato nel quale la stessa definizione del significato di *mancipium* è controversa in termini di diritto, potere, atto, atto e potere – non è così semplice comprendere la portata della definizione del possesso contenuta nel codice

---

<sup>738</sup> Lo stesso P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., III, 177 ss., dedica un capitolo della sua trattazione sulla materia possessoria. Secondo l’Autore infatti la questione ancora «si discute tra i romanisti puri, aderenti alle fonti e tra i romanisti del diritto comune, tra i civilisti e tra i filosofi. Essa non è una questione puramente teorica, bensì la sua importanza nella dottrina dell’acquisto e della perdita, della trasmissione e della successione nel possesso, nonché per la comprensione di istituti che hanno base nel possesso, come la tradizione».

<sup>739</sup> Cfr. B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312.

<sup>740</sup> Cfr. A. FALZEA, voci dell’enciclopedia del diritto: *apparenza, comportamento, efficacia giuridica*.

<sup>741</sup> S. ROMEO, *L’appartenenza e l’alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, cit., 46. Sempre al fine di valorizzare un’ottica di comparazione diacronica, la stessa Corte di Cassazione oggi affronta spesso la problematica della circolazione del possesso sottolineando il profilo soggettivo relativo alla posizione del soggetto titolare di tale situazione.



civile all'articolo 1140 «potere di fatto che si traduce in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà e di altro diritto reale», sebbene dottrina e giurisprudenza dominanti siano concordi nel riconoscere una situazione di fatto, ovvero l'esplicazione di un potere sulla cosa che prescinde, in ogni caso, dal diritto di possederla, pur potendo coincidere con esso.

Così come accade nel diritto civile vigente che, come visto, si spinge sino a ritenere il possesso un'aspettativa di diritto, ovvero un vero e proprio diritto soggettivo<sup>742</sup>, anche all'interno delle fonti classiche una differente opinione circa la natura giuridica del possesso può avere profonde ricadute sulla possibilità di ritenere il possesso oggetto di trasmissione *inter vivos*.

Introdurre un discorso sulla natura giuridica del possesso è operazione quanto mai ardua tenendo a mente la necessità di rifarsi sempre ad un'indagine esegetica che deve coinvolgere anche il profilo processuale.

In termini essenziali, può dirsi che nel diritto romano 'genuino' la natura di fatto del possesso è nettamente affermata e mantenuta<sup>743</sup>; pur tuttavia, gli argomenti a sostegno di questa tesi non sono solamente elementi di equivoco di un'interpretazione scontata della materia, poiché vi è in dottrina chi argomenta sulla natura giuridica di situazione di diritto del possesso sulla base del dato testuale<sup>744</sup>.

Si tratta infatti di specificare una profonda differenza: dire infatti che il possesso non ricompreso tra i diritti all'interno delle fonti, non significa qualificarlo in

---

<sup>742</sup> Cfr. *supra*, Cap. II.

<sup>743</sup> La *possessio* era intesa come *possessio rei*, insistente quindi su una *res corporalis*. Cfr in questo senso Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.pr.: *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*; Ulp. 67 *ad ed.* D. 43.3.1.8: *Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. Movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. Idem dicendum est et in servitute relictis*; Iul. 7 *dig.* D. 8.2.32.1: *Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare si is, qui aliis aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. Is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet*; Ulp. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.26: *Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis (id est mero iure) detruditur*.

<sup>744</sup> Cfr. G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 90 ss; B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, 120 ss.; L. CAPOGROSSI, *Appunti sulla 'quasi possessio iuris'*, in *BIDR*, XIX-XXII, 1997-1979, 69 ss.

automatico come una *res facti* (da cui deriva la conseguenza, ancora oggi fatta propria, di una sua inidoneità a circolare *inter vivos*)<sup>745</sup>.

Si può affermare con certezza che il possesso non era ricompreso tra i diritti: non solo, infatti, non viene inserito nel catalogo dei diritti, ma non è mai posto sullo stesso piano di una qualsivoglia situazione giuridica qualificabile come *ius*<sup>746</sup>.

La *possessio* quindi era sempre tenuta ben distinta dal *dominium*, sebbene fosse chiaro che il *possidere* coincideva con l'esercizio in concreto delle facoltà spettanti al proprietario<sup>747</sup>.

---

<sup>745</sup> Cfr. G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 92: «al contrario la prospettiva in cui si muovono i giuristi romani, sia riguardo alla perdita che riguardo al mancato riacquisto automatico del possesso, è quella della rilevanza della incontestabile natura di fatto dell'aspetto del *corpore possidere*: è solo a quest'aspetto (fondamentale ma che non esauriva il fenomeno possessorio, non coincideva con la *possessio*, la quale constava anche di altri aspetti) che si riferiscono con chiarezza i giuristi, mentre non dicono mai che la *possessio* è *res facti*».

<sup>746</sup> Emblematico è il diverso trattamento del possesso rispetto a quello riservato ai diritti in relazione al *ius postliminii*. Cfr. Iav. 1 *epist.* D. 41.2.23.1: *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit*; Pap. 3 *quaest.* D. 4.6.19: *Denique si emptor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*; Tryph. 4 *disput.* D. 49.15.12.2: *Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. Ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interruptitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse. Eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. Sed Iuliani sententiam sequendum est*. Sul punto cfr. G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 92 ss.

<sup>747</sup> Cfr. Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est*; Ulp. 70 *ad ed.* D. 41.2.12.1: *Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*; Ven. 1 *interd.* D. 41.2.52 pr.: *Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat*; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.1.2: *Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit*.

Ancora, il possesso non era tutelato mediante azioni, ma vi erano gli strumenti *ad hoc* predisposti, gli *interdicta*, come affermano Paolo e Papiniano<sup>748</sup>.

La dottrina tuttavia non si ferma all'interpretazione tradizionale<sup>749</sup> – che, come visto, contrappone la proprietà, ovvero la titolarità del potere di porre in essere comportamenti sulla cosa oggetto del diritto, al possesso quale ‘effettivo esercizio di comportamenti corrispondenti a quelli che la proprietà permette di esercitare sulla cosa’ – e argomenta a partire dalle fonti in relazione ad una differente concezione del possesso.

In particolare, Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.3, nel quale rileva la parte del frammento secondo cui «*eam enim rem facti, non iuris esse*»:

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.3: *Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*

Nel passo, il giurista Paolo affronta il problema relativo all'acquisto del possesso da parte del *pupillus*: si ritiene che egli possa iniziare a possedere anche senza l'intervento dell'*auctoritas* del tutore poiché *eam enim rem facti, non iuris esse*.

L'inciso potrebbe infatti interpretarsi, come è stato sostenuto in particolare da Nicosia, nel senso di riferirlo all'attuazione dell'acquisto, quindi all'aspetto di fatto della presa di possesso e non alla – natura della – *possessio* medesima.

---

<sup>748</sup> Paul 70 *ad ed.* D. 44.2.14.3: *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur*; Pap. 2 *def.* D. 41.2.49. pr.: *Possessio quoque per servum, cuius usus fructus meus est, ex re mea vel ex operis servi acquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur.*

<sup>749</sup> Per i romani il possesso non era un diritto, ma una *res facti*, quindi una situazione di fatto produttiva tuttavia di conseguenze giuridiche. Numerose sono le fonti infatti che permettono di escludere il possesso dal novero delle situazioni giuridiche ricomprese tra i diritti (si veda soprattutto Paolo); in particolare, lo si inquadrava come esercizio in concreto dei poteri dominicali, indipendentemente dalla circostanza che il possessore fosse o meno *dominus*. Ma allo stesso tempo non è riconosciuta all'unanimità l'affermazione secondo cui il possesso è una situazione di fatto.

La *res facti* quindi è la realizzazione dell'aspetto oggettivo del possesso: in altri termini, per escludere la natura di situazione di fatto si può riferire quell'*eam* o alla situazione di acquisto, ovvero alla stessa *auctoritas*, meglio alla valutazione circa la sussistenza di tale requisito<sup>750</sup>.

Per i Romani, quindi il possesso non era certamente un diritto, ma neppure una situazione di fatto (*res facti*) produttiva di conseguenze giuridiche, ma una situazione (o un rapporto) giuridicamente rilevante.

Il frammento consente di ritenere che «il possesso non consta di poteri giuridicamente spettanti, ma di poteri effettivamente esercitati, e pertanto non si acquista in base a presupposti riconosciuti tali dal diritto, ma con l'attuazione materiale (effettiva) del suo contenuto»<sup>751</sup>.

Il frammento di Paolo contenuto in Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.3 non è il solo che permette di ritenere che il possesso non è mera *res facti*, ovvero, al fine di valorizzare l'obiettivo della presente indagine nella prospettiva di comparazione diacronica, che consta di una componente giuridica risalente già alle fonti classiche del diritto romano<sup>752</sup>.

L'attenzione va ad esempio al frammento contenuto in

Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.15: *Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.*

---

<sup>750</sup> G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 90 ss.

<sup>751</sup> C.A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, cit., 326. Il linguaggio utilizzato non è molto distante dalle argomentazioni utilizzate dalla dottrina moderna che sostiene la circolazione traslativa del possesso.

<sup>752</sup> Si veda inoltre Pap. 2 *def.* D. 41.2.49.1: *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 41.2.29: *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest*; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.4: *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

Il brano è in materia di azione pretoria concessa contro il servo a cui era stata data la libertà fedecommissaria, che avesse sottratto o danneggiato cose ereditarie prima che l'erede avesse adito l'eredità a seguito della morte del testatore<sup>753</sup>.

Ulpiano inizia con un'affermazione di Scevola, secondo il quale, consistendo il furto nella sottrazione del possesso, non potrà configurarsi furtum quando non vi è un possessor. Per Ulpiano, quindi, non potrà integrare gli estremi del furto la sottrazione dei beni ereditari, non potendo essere l'*hereditas* – ovviamente non ancora adita, titolare di *possessio*; ma la *possessio* – afferma Ulpiano – non è neppure dell'erede prima che possieda, cioè prima di aver compiuto un atto dal quale si mostri in maniera non equivoca la sua intenzione di prendere possesso delle cose ereditarie.

Ulpiano si esprime nel senso di negare la possibilità di configurare una situazione possessoria da parte dell'*hereditas*: in particolare, rileva l'inciso «*possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi*», secondo cui la *possessio* è *facti est et animi*<sup>754</sup>. Quest'ultima espressione si riferisce all'amittere possessionem da parte del pupillo: «all'*hereditas* non si può riconoscere la capacità di realizzare né l'aspetto materiale (*facti*) del *corpore possidere*, né l'aspetto dell'*animo possidere*; al pupillo si riconosce la possibilità di attuare fisicamente l'aspetto del *corpore possidere*, che *est facti*, quindi anche di *desinere possidere corpore*, non invece *animo*»<sup>755</sup>, data la sua incapacità d'agire.

Dall'indagine relativa alle ultime fonti oggetto di commento, emergono due dati: da un lato – e questo è un dato prettamente storico – gli ostacoli per l'attuazione materiale del *corpore possidere* sono differenti (incapacità giuridica come nel caso del

---

<sup>753</sup> La concessione di tale azione era volta appunto ad evitare che il servo, in quanto ancora tale, potesse sottrarre o danneggiare impunemente *res* facenti parte di un'eredità che, proprio perché priva di padrone, era esposta all'usucapione. L'accettazione anche di uno solo degli eredi, infatti, avrebbe liberato il servo, con conseguente responsabilità per furto per qualsiasi sottrazione perpetrata ai danni del patrimonio ereditario. Sul frammento cfr. A. WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London, 1991, 102 s.; M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, in *Iura*, XLV, 1994, 180 ss.; G.C. BISAZZA, *Annotatiuncolae (I). Usucapio pro herede - aditio hereditatis: un rapporto da chiarire*, in *Riv. dir. rom.*, XI, 2011, 1 ss.

<sup>754</sup> L'inciso ha sollevato non pochi dubbi, per cui alcuni autori lo ritengono non genuino: cfr. C.A. CANNATA, *Dalla nozione di animo possidere all'animus possidendi*, cit., 79 ss.; P.P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., 14; M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, cit., 122 ss.

<sup>755</sup> Così G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, cit., 91.

*servus*; incapacità d'agire come nel caso del *pupillus*; ecc.); dall'altro lato – e questo è un dato di comparazione – il concetto di *res facti* non attiene alla nozione del possesso, ma al profilo relativo alla sua attuazione in termini di disponibilità materiale della *res*. Non è quindi possibile disconoscere una componente giuridica della situazione possessoria che può essere espressa nei termini di un'attribuzione patrimoniale.

Conclusioni.

In questa sede, ritengo sia utile riportare gli esiti dell'indagine condotta.

Nel rispetto dell'opzione metodologica individuata nel primo capitolo, si è voluto evidenziare che il concetto di attribuzione patrimoniale, all'interno dell'area che abbiamo definito del 'disponibile', funge da denominatore comune all'intera ricerca, rappresentando il profilo di maggiore continuità tra passato e presente.

Senza poter annullare le profonde differenze, teoriche e pratiche, che caratterizzano la tematica della circolazione dei beni, nonché le forme di appartenenza, in una prospettiva di comparazione diacronica tra il diritto civile vigente e le fonti classiche, si è ritenuto che la situazione possessoria vada rivista criticamente in relazione alla perimetrazione dell'aspetto dinamico relativo alla sua circolazione.

Si è rilevato in particolare che l'elemento della volontà è idoneo ad incidere sulla situazione possessoria, ovvero che quest'ultima risulta plasmata da una fattispecie negoziale in senso lato, tale per cui la disposizione può essere qualificata come vendita del possesso (con riguardo al diritto vigente, in particolare nella forma del contratto atipico) o come disposizione negoziale del possesso (con riferimento alle fonti classiche, nelle quali il fenomeno in questione si declina sotto differenti forme di emersione).

Nello specifico, riferendosi al possesso in chiave di attribuzione patrimoniale, si è ritenuto di espandere l'area del 'disponibile', decostruendo una semplificazione che deriva dalla tradizione civilistica: ciò che può essere oggetto di trasferimento *inter vivos* non coincide con la sola nozione piena di diritto soggettivo – *rectius* la proprietà –, ma può ricomprendere anche una situazione possessoria. Il possesso, in particolare, non deve essere confinato all'interno delle mere situazioni di fatto – in quanto tali indisponibili da parte dei privati –, ma deve essere valorizzata la sua componente giuridica, che si ritiene espressa più compiutamente nel concetto di attribuzione patrimoniale.

Con riguardo al diritto civile vigente, tale differente lettura importa profonde ricadute sul piano della disciplina del possesso, in particolare sul profilo dell'acquisto c.d. derivativo: se, infatti – in termini generali – il possesso è (in forza della sua definizione normativa di cui all'art. 1140 cod. civ.) una situazione 'ibrida' – fatto e

diritto – di potere, non si può impedire ai soggetti privati di disporne secondo le forme proprie dell'ordinamento giuridico.

Sebbene vi siano non pochi ostacoli da superare al fine di ritenere configurabile un contratto che possa avere ad oggetto il trasferimento del possesso, ci si è persuasi che il nostro ordinamento favorisca la circolazione giuridica dei beni anche all'interno di situazioni di appartenenza *a non domino*.

L'opinione tradizionale – di dottrina maggioritaria e giurisprudenza dominante – ritiene non ammissibile l'operazione economico-giuridica di vendita del possesso, qualificando come nullo il relativo contratto<sup>756</sup>.

Come messo in luce, la Suprema Corte di Cassazione, intervenendo poche volte sul tema, non lascia margini per concludere in maniera differente: 'il possesso non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio'; ancora, 'il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività; il possesso non è un diritto ma è un'attività e un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa'.

La giurisprudenza di legittimità si inserisce perfettamente nel filone maggioritario che qualifica la situazione possessoria come *res facti*, inidonea quindi a circolare *inter vivos*.

Le argomentazioni proposte si fondano principalmente sul dato normativo: in primo luogo, in forza del combinato disposto degli artt. 1140, 1346, 1418 cod. civ., il contratto di vendita del possesso è nullo per impossibilità oggettiva del suo oggetto; in secondo luogo, in base alla lettera dell'articolo 1140 cod. civ., il possesso non è un diritto, ma una situazione di fatto, quindi non può essere oggetto di un contratto di compravendita che l'art. 1470 cod. civ. circoscrive al solo diritto soggettivo; infine, si ritiene, ai sensi dell'art. 1146, comma 2 cod. civ., che ai fini dell'accessione, serve un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto che, nel caso di cessione del mero possesso, separato dal diritto di proprietà, non sussiste.

Una differente opinione – ancora minoritaria – è intervenuta nel panorama appena descritto apportando soluzioni 'positive' al problema prospettato: gli argomenti individuati attengono sia al profilo contenutistico dell'oggetto della vendita – il possesso – che si ritiene non sia riducibile ad una mera situazione di fatto –, sia a

---

<sup>756</sup> Cfr. *supra*, Cap. I.



quello strutturale-funzionale, relativo allo strumento di circolazione della situazione possessoria<sup>757</sup>.

Con riguardo alla natura del possesso si confrontano le tesi elaborate dalla dottrina italiana che lo qualificano ora come rapporto giuridico, ora come diritto soggettivo, ora come diritto affievolito, ora come interesse legittimo, ora come diritto di azione idoneo a ottenere una sentenza di mero accertamento, infine come attività.

Per quanto concerne invece l'individuazione dello strumento di circolazione, vi sono differenti inquadramenti: contratto atipico per la cessione del mero possesso del bene, dal quale sorge l'obbligo di consegna a seguito del quale il soggetto diventa possessore in via derivata della posizione del tradente; in termini più generali, negozio traslativo-attributivo del possesso quale comportamento o attività il cui l'oggetto presenta un evidente valore patrimoniale tale da poter costituire l'oggetto di un contratto; infine, cessione del possesso per effetto dell'accordo tra le parti per il tramite della rinuncia – a titolo oneroso – ad esercitare la tutela possessoria nei confronti di chi subentra nel possesso.

La prassi notarile ha inoltre ritenuto di offrire risposta alle situazioni di appartenenza *a non domino* valorizzando differenti istituti quali l'usucapione non accertata giudizialmente, nonché la vendita di cosa altrui, con particolare attenzione al profilo relativo alla garanzia per evizione.

All'interno del panorama così tratteggiato, ci si è persuasi che la chiave di lettura idonea al fine di ritenere configurabile la fattispecie – più correttamente qualificata in termini – di disposizione negoziale del possesso possa essere rinvenuta nella stessa definizione normativa di possesso che ancora l'essenza dell'istituto al concetto di potere che, in quanto tale, non coincide con una situazione di fatto: il possesso come situazione di potere è idoneo a circolare per il tramite di un contratto atipico che supera il vaglio di validità ed efficacia, perseguendo un interesse meritevole di tutela, *ex art. 1322, comma 2, cod. civ.*

L'effetto del contratto di cessione del possesso – inquadrabile nella categoria degli acquisti *a non domino* – non può che essere meramente obbligatorio, dovendosi escludere la realizzazione dell'effetto reale; pur tuttavia, guardando con attenzione alla

---

<sup>757</sup> Cfr. *supra*, Cap. II.

fattispecie che si realizza non può negarsi l'attribuzione di un contenuto patrimoniale – c.d. attribuzione patrimoniale – relativa ai beni oggetto di possesso<sup>758</sup>.

Si è ritenuto che l'area del 'disponibile' vada estesa oltre il terreno del diritto soggettivo, sino a ricomprendere tutte quelle situazioni accumulate dal trasferimento – in forza di una manifestazione di volontà che assurge alla forma contrattuale – di un'attribuzione patrimoniale che seppur non coincidente con il diritto, non si riduce al mero fatto.

È necessario distinguere il percorso argomentativo che ha caratterizzato l'analisi storica del problema in relazione alle fonti del diritto romano classico.

Con riguardo alle fonti classiche, infatti, la prospettiva è necessariamente differente: la comparazione diacronica rivela la propria utilità nel portare alla luce figure interpretative, strutture di ragionamento, che possono portare all'assimilazione – nel rispetto delle doverose differenze – i modelli del passato e del presente<sup>759</sup>.

Focalizzando l'attenzione sulla peculiare fattispecie che si delinea per il tramite di un trasferimento *inter vivos* del mero possesso, si sono individuati differenti modelli di circolazione con riguardo alla *traditio*, alla *mancipatio* e, in particolar modo, all'*emptio venditio*; in relazione al contratto di compravendita, peculiare attenzione è stata prestata al concreto operare della garanzia per evizione da un lato, e allo strumento dell'*exceptio rei venditae et traditae* dall'altro.

Le fonti evidenziano infatti che la volontà negoziale può agire sul passaggio del possesso, ovvero mostrano che una situazione possessoria – a prescindere dalla peculiare qualificazione che può rivestire all'interno dell'ordinamento romano – risulta plasmata da una fattispecie negoziale.

La *traditio* posta in essere in esecuzione di un'*emptio venditio* è idonea a trasferire il mero possesso: è *traditio possessionis* e non *traditio rei*. In particolare, tale *traditio* – di cui l'accordo di vendita fa obbligo al venditore – si concreta nella consegna della cosa,

---

<sup>758</sup> La Suprema Corte di Cassazione, d'altra parte, nel momento in cui ha riconosciuto in un preliminare di vendita ad effetti anticipati una cessione anticipata del possesso, ha preferito parlare di 'attribuzione'. Si allude a Cass. 7 luglio 2000, n. 9106, di cui si riporta la seguente massima: «in tema di edilizia popolare ed economica, il divieto di alienazione operante a carico dell'assegnatario ai sensi del T.U. sull'edilizia popolare ed economica non osta a che costui possa validamente stipulare un preliminare di vendita, anche se accompagnato dall'anticipata attribuzione del possesso dell'immobile».

<sup>759</sup> Cfr. *supra*, Cap. III.

ossia nella immissione del possesso, assistita dalle garanzie e da tutti i comportamenti necessari *ex fide bona* alla realizzazione del risultato finale della vendita, che è, senza dubbio, il godimento di fatto della cosa a titolo di proprietà. È proprio questa *traditio*, posta in essere in adempimento dell'obbligo assunto con il contratto consensuale di vendita, che costituisce l'atto di attribuzione patrimoniale: la *traditio* ha una causa che lo giustifica e tale causa coincide con il contratto di vendita, per cui il trasferimento del possesso che si realizza segue la manifestazione di volontà delle parti. Ciò significa che la *traditio possessionis* in questione è posta in essere in adempimento dell'*obligatio consensu contracta*; ma la *causa solutionis* non è connaturata e interna alla *traditio* – quale atto di attribuzione patrimoniale, come accade nel caso della *traditio* causale e traslativa.

Lo stesso accade se si volge lo sguardo all'operare dell'*exceptio rei venditae et traditae*: la ragione giustificativa della tutela apportata al possesso – *ad usucapionem* – si rinviene nella *traditio*, quale negozio giuridico causalmente qualificato in termini di vendita; in altre parole, il trasferimento del possesso che si ricollega al trapasso materiale della *res* non è mai determinato solo da un mero atto, ma ha sempre natura negoziale. Il trasferimento del possesso, quindi, non coincide né con l'effetto dell'atto in questione, né con l'oggetto specifico (è pur sempre un *tradere merx*), ma è plasmato da e all'interno di una fattispecie negoziale espressione della volontà delle parti.

Quanto appena espresso si verifica anche nelle ipotesi di *mancipatio* e *emptio venditio*. In particolare, con riguardo all'ultima figura negoziale, la peculiare configurazione dell'obbligazione del venditore di *possessionem tradere*, cui si affianca il regime della garanzia per evizione, porta a ritenere il contratto in questione come idoneo al trasferimento di una situazione possessoria, con la doverosa precisazione di qualificare l'acquisto in questione come *ex novo*; il fenomeno della successione resta infatti concettualmente ancorato al diritto, ma non ciò preclude la rilettura di molte forme di appartenenza *a non domino* nella chiave interpretativa del trasferimento negoziale del possesso.

La ricerca condotta ha mostrato come sia possibile decostruire in chiave critica una semplificazione propria della Pandettistica secondo la quale il possesso, nei suoi elementi costitutivi del *corpus* e dell'*animus*, è inidoneo a succedere *inter vivos* in forza di una manifestazione di volontà. Le fonti classiche infatti mettono in luce che la situazione possessoria – separata dal diritto di proprietà – risente dell'elemento

volontaristico negoziale, per cui il dogma civilistico che la confina all'area delle mere situazioni di fatto deve essere messo in discussione.

L'indagine diacronica supporta la ricerca del romanista che, consapevole del fatto che proprietà possesso rappresentano da sempre due differenti paradigmi del ragionamento giuridico – identificabili quindi soltanto in via di approssimazione –, indaga i differenti modelli di circolazione dei beni e le relative forme di appartenenza che trapassano dal vecchio al nuovo diritto privato europeo, incidendo in maniera profonda nella sua evoluzione.

## BIBLIOGRAFIA:

ABATANGELO C., *La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità*, in *La resp. Civ.*, 2011, 661 ss.

ABATANGELO C., *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016.

ABBATE A., *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, in *Contratti*, 1997, 468 ss.

ALAMANNI A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 653 ss.

ALBANESE B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985.

ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss.

ALBERTARIO E., *Animus furandi*, in *Studi di diritto romano*, 3. *Obbligazioni*, Milano 1936, 209 ss.

ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1943.

ALCARO F., *Il possesso*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003.

ALCARO F., *L'attività*, Napoli, 1999.

ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.

ALPA G., voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Milano, 1996, 355 ss.

ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006.

ALPA G., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016.

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA.VV. *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 42 ss.

AMBROSINO R., *In iure cessio hereditatis*, in *SDHI*, X, 1944, 1 ss.

AMBROSINO R., *Esercitazioni di dommatica moderna sul diritto romano*, in *SDHI*, XVII, 1951, 195 ss.

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005.

- ARANGIO-RUIZ V., *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss.
- ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1956.
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960.
- ARU L., voce *Traditio (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 465 ss.
- ASTONE M., *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, 141 ss.
- AURELI M., *L'acquisto d'azienda per usucapione: scenari in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 62.
- AURICCHIO A., *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 2016.
- BAGHI I., *L'esordio del pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sui profili processuali*, in *Corr. giur.*, 2017, 1380 ss.
- BALLERINI L., *La donazione (dispositiva) di beni altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, 1023 ss.
- BARASSI L., *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1943.
- BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, II, Milano, 1952.
- BALESTRA L., *Proprietà e diritti reali*, II, Torino, 2011.
- BARILLÀ G. B., *Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2006, 111 ss.
- BARILLÀ G. B., *Usucapione di azienda al vaglio delle sezioni unite: un importante precedente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2014, 1551 ss.
- BARILLÀ G. B., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. giur.*, 2017, 5 ss.
- BARBERO D., *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, 359.
- BASEDOW J., *European Contract Law and Digital Agenda*, in *Contr e impr./Eur.*, 2016, 423 ss.
- BEHRENDTS O., *Iusta causa traditionis: la trasmissione della proprietà secondo il ius gentium del diritto classico*, in *Sem. Compl.*, IX-X, 1997-1998, 133 ss.
- BESOZZI F., *Preliminare di vendita e azione di esatto adempimento*, in *Contratti*, 2002, 444 ss.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942.

- BETTI E., voce *Animus*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 632 ss.
- BETTI E., voce *Conversione del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Milano, 1959, 811 ss.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- BETTI E., voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 799 ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino, 1993.
- BIN M., *Singoli contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 959 ss.
- BIN R., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995.
- BIONDI B., 'Universitas' e 'successio'. Saggio di anticritica, di storia e dommatica romana, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 17 ss.
- BIONDI B., voce *Cosa (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1964, 1006 s.
- BISCOTTI B., *Ancora sulla proprietà in diritto romano. Spunti esegetici*, in *Index*, XXXVI, 2008, 185 ss.
- BONFANTE P., *La 'successio in universum ius' e l' 'universitas'*, in *Scritti giuridici vari. I Famiglia e successioni*, Torino, 1916, 250 ss.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, III, Milano, 1972.
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Parte I, *Teoria del Possesso (Anno 1905-906 – Primo Semestre)*, Lezioni, Pavia 1906, 11 ss.
- BONILINI G., voce *Commistione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1988, 10 ss.
- BONILINI G., voce *Legato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, X, Torino, 1993, 509 ss.
- BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, 390 ss.
- BOTTA C., *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2007, 628 ss.
- BOZZI A., voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.

BRANCA G., *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, 384 ss.

BRASIELLO U., *Alienatio*, in *SDHI*, XV, 1949, 114 ss.

BRETONE M., *Frutti (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 55 ss.

BRETONE M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 1994.

BRIOLINI F., voce *Cambiali finanziarie*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, Milano, 2015, 68 ss.

BUCCISANO O., voce *Specificazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 270 ss.

BURDESE A., *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952.

BURDESE A., voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 597 ss.

BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961.

BURDESE A., *Capacità naturale e perdita del possesso*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, 2, Napoli, 1984, 759 ss.

BURDESE A., *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro applicazioni politiche tra IV e III secolo a.C.*, in *BIDR*, XXVII, 1985, 39 ss.

BURDESE A., voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993.

BURDESE A., *Res incorporalis quale fondamento culturale del diritto romano*, in *Labeo*, XLV, 1999, 98 ss.

CABELLA PISU L., voce *Azioni possessorie*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, 1988, 72 ss.

CALASSO F., *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1967, 13 ss.

CALISAI F., *Lo "smembramento" del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle sezioni unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 180 ss.

CALLEGARI M., *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, in *Callegari-Cottino-Desana-Spatazza, I titoli di credito*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2006, 107 ss.

CALZOLAIO E., *La tipicità dei diritti reali. Spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080 ss.



CAMPANILE T. - CRIVELLARI F. - GENGHINI L., *I diritti reali* (in Manuali notarili), Padova, 2011, 633.

CANNATA C. A. – PROSPERETTI M. – VISINTINI G., *L'adempimento delle obbligazioni*, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, 9, Obbligazioni e contratti, I, Torino, 1999, 80 ss.

CANNATA C.A., *L'animus possidere' nel diritto romano classico*, in SDHI, XXVI, 1960, 71 ss.

CANNATA C.A., *Dalla nozione di 'animus possidere' all'animus possidendi' come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, in SDHI, XXVII, 1961, 46 ss.

CANNATA C. A., voce *Possesso (dir. rom.)*, in Noviss. dig. it., XIII, Torino, 1966, 323 ss.

CANNATA C. A., *Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica*, in Scritti in onore di R. Sacco, I, Milano, 1994, 153 ss.

CANNATA C.A., *Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderna*, 3, Napoli, 1997, 47 ss.

CANNATA C. A., *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in Studi in memoria di G. Impallomeni, Milano, 1999, 50 ss.

CANNATA C. A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Milano, 1997, 73 ss.

CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001.

CANNATA C.A., *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Sem. Compl.*, XII, 2009, 13 ss.

CANNATA C.A., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 33 ss.

CAPPELLINI P., *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 453 ss.

CAPOGROSSI L., *Appunti sulla 'quasi possessio iuris'*, in BIDR, XIX-XXII, 1997-1979, 69 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Dominium e possessio nell'Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà*, Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 141 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., voce *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 201 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 185 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., 'Uti possidetis' e 'ager publicus', in *Labeo*, XLIII, 1997, 445 ss.

CAPOZZI G., *Il tramonto del consensualismo*, in *Dir. giur.*, 1980, 743 ss.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, II, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2015, 1150 ss.

CARABETTA S., *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *Jus civile*, 2015, 705 ss.

CARBONE P. L., *La responsabilità disciplinare del notaio in relazione ad atti di trasferimento di beni usucapiti*, in *Danno e resp.*, 2004, 211 ss.

CARCATERRA A., 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma 1938, rist. Roma 1967, 116 ss.

CARCATERRA G., *I negozi giuridici sulla cosa propria*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 3, 1940, 3 ss.

CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. giur.*, 1966, 705 ss.

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, IV, Napoli, 1959, 30 ss.

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.

CARNEVALI U., *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 610 ss.

CASANOVA M., voce *Azienda*, in *Dig. disc. civ. - Sez. comm.*, IV, II, Torino, 1987, 77 ss.

CASTRONOVO C., *La contrattazione preliminare abitativa*, in *Jus*, 1986, 2, 40 e in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, IV, Milano, 1987, 95 ss.

CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *EDP*, 1999, 1268 ss.

CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, in *Contratti*, 2008, 995 ss.

CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, 2009, Milano.

CECCHI P., *Le successioni*, III, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000.

CENDON P., *Prefazione a Natoli. Il possesso*, Milano, 1992.

CENINI M., *Gli acquisti a non domino*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2008, 599 ss.

CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1108 ss.

CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1988.

CHIARLONI S., *Non esiste più (ma non sarebbe dovuto esistere neanche prima) il cosiddetto merito possessorio*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 808 ss.

CHIODI G.-PULITANÒ D., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013.

CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 543 ss.

CIAN M., voce *Dematerializzazione*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 313 ss.

CIMATTI I., *È nullo per impossibilità dell'oggetto il contratto preliminare per un fondo gravato da uso civico*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 1998, 99.

CIMMINO N. A., *Esecuzione forzata immobiliare ed opposizione del terzo fondata su avvenuta usucapione non accertata*, in *Notariato*, 2009, 612 ss.

CIMMINO R., *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriali*, in *Notariato*, 2014, 152 ss.

CICERO C., *Il problema del negozio di cessione del possesso*, in *Notariato*, 2017, 1077 ss.

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000.

CIVININI M. G., *Per la chiarezza delle idee sul procedimento possessorio*, in *Foro it.*, 1998, I, 3142 ss.

COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, 1954, 61 ss.

COMPORTI M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2011.

COMPORTI M., voce *Usucapione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994.

CONTE E. -MANNINO V. -VECCHI P. M., *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Torino, 1999.

CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000.

CORAPI G., *Le disposizioni aventi ad oggetto il possesso*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da G. Bonilini e coordinato da V. Barba, Milano, 2012, 241 ss.

CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1005 ss.

CRISTALDI S.A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008.

DAVID R. J., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004.

D'AGUI M. M., *Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta*, in *Contratti*, 2013, 1003 ss.

D'AMICO G., *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 346 ss.

D'ANGELO G., *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino 2007.

D'ORAZI M., *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Notariato*, 2006, 81 ss.

DALLA MASSARA T., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 277 ss.

DALLA MASSARA T., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 245 ss.

DALLA MASSARA T., *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare. I beni e la proprietà*, II, diretto da G. Visintini, Padova, 2013, 1433 ss.

DALLA MASSARA T., *Il diritto di proprietà*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Milano, 2015, 350 ss.

DALLA MASSARA T., *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Milano, 2015, 2264 ss.

DALLA MASSARA T., *Diritto romano, civilistica italiana e comparazione giuridica*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno Aristec*, a cura di L. Vacca, 2017, Napoli.

DALLA MASSARA T., *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia dir. priv.*, 4, 2011, 1 ss.

DALLA MASSARA T., *Il paradigma proprietario nell'ordine fruttalico delle fonti*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, I, Napoli, 2014, 161 ss.

DALMARTELLO A., voce *Consegna (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 111 ss.

DE CUPIS V.A., voce *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1250 ss.

DE CUPIS V.A., voce *Usufrutto (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1111 ss.

- DE CRISTOFARO G., *Contratto preliminare*, in *St. iuris*, 2008, 1137 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Il possessorio "restaurato"*, in *Corriere giur.*, 1998, 671 ss.
- DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924.
- DE SEMO G., voce *Institore (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1962, 757 ss.
- DELLI PRISCOLI L., *L'usucapione dell'azienda fra ragioni della proprietà e ragioni dell'impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 7-8, 1, 639.
- DE MARTINO F., *Possesso. Denunzia di nuova opera e di danno temuto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 3, *Proprietà, Art. 1140-1172*, Bologna-Roma, 1984, 160.
- DEPRETIS E., *Donazione di beni futuri, donazione di beni altrui, donazione di "quotina": il punto delle Sezioni Unite*, in *Immobiliare e Proprietà*, 2017, 155 ss.
- DE RUGGIERO G., *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, 1933 ss., 751.
- DE TILLA M., *Il possesso*, I, in *Trattato di diritto immobiliare*, Milano, 2005, 209 ss.
- DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989.
- DI MARZO S., *Res immobiles*, in *BIDR*, X-XIII, 1948, 223 ss.
- DILIBERTO O., *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- DIURNI G., voce *Possesso (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 467 ss.
- DIURNI G., voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 57 ss.
- DONISI C., *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1990, 12 ss.
- DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, Torino, 1894.
- DUSI B., *Concetto estensione e limiti del diritto di possesso*, Torino, 1900.
- DUSI B., *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1958.
- FABI B., *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1972.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 29 ss.
- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 682 ss.

- FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985.
- FARGNOLI I., *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006.
- FERRANTE E., *Le Sezioni Unite sulla donazione di cosa altrui (commento a Cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, in *Dir. civ. cont.*, 7 Giugno 2016.
- FERRETTI P., *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005.
- FERRETTI P., *Animo possidere. Studi su animus e possesso nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017.
- FERRI G. B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss.
- FERRI G. B., *La vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 2000, 483 ss.
- FERRI G.B., *Il Code Européen des Contrats*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 275 ss.
- FERRI L. – D'ORAZI FLAVONI M. – ZANELLI P., *Della trascrizione*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995.
- FERRINI C., *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *AG*, 47, 1891, 423 ss.
- FILOGRANO G., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, II, Napoli, 2010, 483.
- FORCHIELLI P., *I limiti oggettivi del concetto di consegna*, in *Scritti giuridici (1948-1994)*, Padova, 2000, 53.
- FORNACIARI M., *Il possesso e la sua tutela. Lineamenti generali*, Torino, 2012, 79 ss.
- FORNACIARI M., *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 89 ss.
- FRANZONI M., *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993, 274 ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità civile del notaio - la colpa professionale del notaio*, in *Giur. It.*, 2017, 2523 ss.
- FROSINI V., voce *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 440 ss.
- FUNAIOLI C. A., *La tradizione*, Padova, 1942.
- FUNAIOLI C. A., voce *Consegna*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 131 ss.

GABRIELLI E., voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, 102 ss.

GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, 1715.

GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.

GAGLIARDI L., *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 103 ss.

GALGANO F., voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 484 ss.

GALGANO F., voce *Negoziio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, 17 ss.

GALLETTI D., voce *Cartolarizzazione dei crediti*, in *Enc. dir.*, II, *Annali*, Milano, 2008, 214 ss.

GALLO F., voce *Actio publiciana (in rem)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1957, 268 ss.

GALLO F., *Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, XVI, 1970, 17 ss.

GALLO P., *Possesso (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 429 ss.

GALLO P., *Trattato del contratto*, I, Torino, 2010.

GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di dir. civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 131 s.

GANDOLFI G., voce *Azione possessoria (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 93 ss.

GAROFALO L. (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli, 2007.

GAROFALO L., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008.

GAROFALO L., *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC (Roma, 10-11 ottobre 2014)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017, 1 ss.

GAZZARA M., *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2003, 55 ss.

GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 3 ss.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.

GAZZONI F., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Notariato*, 2001, 723 ss.

GAZZONI F., *Cessione di cubatura, 'volo' e trascrizione*, in *Giur. civ.*, 2012, II, 101 ss.

GENTILE F. S., *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1985, 4 ss.

GERMANÒ A., voce *Usi civici*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 535 ss.

GIANI L., *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2006.

GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 142 ss.

GIANOLA A., *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596 ss.

GIGLIOTTI F., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999.

GIOFFREDI C., *Successio in ius*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 1 ss.

GIOFFRÉ G., *La vendita di immobile usucapito*, in *Notariato*, 1998, 995 ss.

GIORDANO MONDELLO A., voce *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 719 ss.

GIOVE S., *Della locazione (artt. 1571-1614)*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Artt. 1548-1654, Torino, 2011, 273 ss.

GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Notariato*, 2008, 384 ss.

GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007.

GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, in *St. iuris*, 2010, 22 ss.

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1937.

GRASSETTI C., voce *Datio in solutum (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 174 ss.

GRASSI U., *La tutela esterna del possesso*, Napoli, 2006.



GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, in *Dir. giur.*, 2000, 349 ss.

GRASSO G., *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.

GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss.

GRECO P. – COTTINO G., *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981.

GRISI G., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999.

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quad. fiorentini*, 1988, 362 ss.

GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Roma, 2007.

GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012.

GROSSI P., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 12 ss.

GROSSO G. – BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XII, 1, Torino, 1977.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1997.

GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983.

GUARNIERI A., *Diritto romano, tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 667 ss.

GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, 799 ss.

GUERINONI E., *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro-Morello, I, Milano, 2009.

GUIDA G., *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, Napoli, 2013.

IACCARINO G., *Clausole sul 'possesso' nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 64 ss.

IAMICELI P., *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità del possesso"*, in *Corriere giur.*, 1997, 162 ss.

IMPALLOMENI G., voce *Evizione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1048 ss.

IRTI N., *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011.

IRTI N., *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *BIDR*, I, 2011, 89 ss.

JHERING R., *Über den Grad des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869.

KASER M., *Zur iusta causa traditionis*, in *BIDR*, I-II, 1959-1961, 61 ss.

KOMÁREK J., *Reasoning with Previous Decisions. Beyond the Doctrine of Precedence*, in *American Journal of Comparative Law*, 2013, 149 ss.

LA PORTA U., *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, 129 ss.

LA PORTA U., *Sulla donazione di quota su bene facente parte di un più ampio compendio comune e la donazione di cosa altrui*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 97 ss.

LA ROSA F., *'Possidere propter usum fructum' (Cic. Pro. Caec. 32.94). Un'ipotesi*, in *Iura*, LVIII, 2010, 225 ss.

LAMBERTI F., *La comparazione diacronica in tema di diritto*, in *Labeo*, XLI, 1995, 118 ss.

LAMBRINI P., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, XXVII, 1999, 317 ss.

LAMBRINI P., *Il problema del concursus causarum*, Padova, 2000.

LAMBRINI P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998.

LAMBRINI P., *La possessio tra corpo e animo*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 563 ss.

LENER A., *Contratto «preliminare», esecuzione anticipata del «definitivo» e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I.

LENER A., voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.

LENER G., *Immissioni intollerabili ed azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'actio negatoria. La tutela del promissario acquirente nel preliminare cd. "ad effetti anticipati"*, in *Foro it.*, 1994, I, 206 ss.

LENER R., *La «dematerializzazione» dei titoli azionari e il sistema monte titoli*, Milano, 1989, *passim*.

LEVONI A., *La tutela del possesso*, Milano, 1979, 177 ss.

LEVONI A. - CONSOLO C., *Possesso (azioni a tutela del possesso: in generale. Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, 1998, 1 ss.

LICANDRO O., *Appartenenza e alienazione*, in *Index*, XXXIX, 2011, 480 ss.

- LIPARI M., voce *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 526 ss.
- LIPARI N., *Il ruolo del Giudice nella Crisi delle Fonti del Diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 479 ss.
- LOCATELLI F., voce *Possessorio (giudizio)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, 2007, II, Torino, 2007, 939 ss.
- LONGO C., *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in *BIDR*, XIV, 1901, 127 ss.
- LONGO G., *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, I-II, 1934-1935, 469 ss.
- LONGO C., *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana. Appunti critici*, in *BIDR*, III-IV, 1936-1938, 15 ss.
- LONGO C., *Corso di diritto romano*, Milano, 1937.
- LONGO C., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, XLV, 1979, 123 s.
- LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it.*, 2011, 552 ss.
- LORIZIO M.A., voce *Usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2013.
- LUISO F. P., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla tutela possessoria*, in *Giur. it.*, 1998, 1323 ss.
- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2008.
- LUPI L., in L. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, ne *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, III, Milano, 2012.
- LUZZATTO R., *La compravendita*, a cura di G. Persico, Torino, 1961.
- MAC CORMACK G., *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, in *BIDR*, XIV-XV, 1972-1973, 71 ss.
- MACARIO F., voce *Vendita (profili generali)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.
- MACARIO F., *Recuperare l'invisibile'. Una riflessione sulla storicità del diritto civile (leggendo 'La solitudine dello storico del diritto', di Pio Caroni)* in *Riv. dir. civ.*, 2011, I.

MACARIO F., *Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: la codificazione del diritto di proprietà*, in *Giust. civ.*, 2014, 227 ss.

MACARIO F., *Il concetto del diritto e la storia del pensiero giuridico nella 'Introduzione delle scienze giuridiche'*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 971 ss.

MACIOCE F., voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss.

MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 730 ss.

MANTOVANI D., *Il diritto romano dopo l'Europa. La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo*, in *Scopi e Metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio. Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli 2007, 51 ss.

MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 2007.

MARCHIO A. M., voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1 ss.

MARINELLI F., *Gli usi civici*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013.

MARINUCCI E., *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 827 ss.

MARRONE M., *Il «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Labeo*, 1993, 90 ss.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994.

MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato Rescigno. La proprietà*, II, Torino, 2002.

MASTROPAOLO E. M., voce *Dematerializzazione (strumenti finanziari)*, in *Dig. disc., priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, 2007, 238 ss.

MASTROPIETRO B., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013.

MATTEI U., voce *Proprietà*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XV, Torino, 1996, 443 ss.

MATTEI U., voce *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir., Ann. V.*, Milano, 2012, 1117 ss.

MAZZARIOL R., *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016.

MADDALENA P., *'Accedere e cedere' nelle fonti classiche*, in *Labeo*, XVII, 1971, 169 ss.

MEDICI C., *Un cerchio che stenta a chiudersi: l'usucapione unitaria di azienda*, in *Foro it.*, col. 1826.

MELA A., *Il concetto di possesso. Un'indagine di teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

- MENGONI L., *La divisione ereditaria*, Milano, 1950.
- MENGONI L. – REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 189 ss.
- MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1968.
- MENGONI L., voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1987, 71 ss.
- MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss.
- MERCOGLIANO F., *Aspetti teorici del negozio giuridico. Appunti romanistici*, in *Index*, XLIV, 2016, 463 ss.
- MERLINO P. E., *Sisifo Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di Cassazione III sezione civile*, 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Notariato*, 2011, 162 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1972.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965.
- MESSINETTI R., voce *Acquisto a non domino*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, III, Milano, 1999, 24 ss.
- MEUCCI S., *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 11 ss.
- MEZZANOTTE F., *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015.
- MICELI M., *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, 2013, 133 ss.
- MIQUEL J., *Compraventa y transmisión de la propiedad*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 89 ss.
- MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, Torino, 1962.
- MIRABELLI G., *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.
- MONTECCHIARI T., *La tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1149 ss.
- MONTEL A., voce *Possesso (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 333 ss.
- MONTESANO L., voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 524 ss.
- MONTESANO L., voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 508 ss.

- MORELLO U., *La donazione di beni altrui, alcune riflessioni*, in *Notariato*, 2016, 556 ss.
- MORLANDO F., *Codice delle comunicazioni elettroniche. Ius variandi e tutela dell'utente tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Giur. it.*, 2017, 1079 ss.
- NARDOZZA M., *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romanocivilistica italiana del primo Novecento*, Torino 2007.
- NARDOZZA M., *'In bonis esse' e 'nudum ius Quiritium'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2013, 1 ss.
- NATOLI U., *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del cod. civ.*, Torino, 1971.
- NATOLI U., *Il possesso*, Milano, 1992.
- NAVARRINI U., voce *Azienda commerciale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm. it.*, IV, Torino, 1899, 737 ss.
- NERVI A., *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 418 ss.
- NICOLÒ R., *La trascrizione*, I, Milano, 1973.
- NICOLÒ R., voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 283 s.
- NICOLÒ R., voce *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 605 ss.
- NICOLÒ R., voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss.
- NICOSIA G., *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano, 1960.
- NICOSIA G., voce *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 79 ss.
- NICOSIA G., *Il possesso nella plurisecolare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico*, in *Sillage. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998.
- NICOSIA G., *La pretendida posesión del secuestratario*, in *Sem. Compl.*, XI, 1999, 65 ss.
- NICOSIA G., *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania, 2013.
- NICOSIA G., *Possessio ad usucapionem?*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 739 ss.
- NICOSIA G., *Vitiosa possessio e iniusta possessio*, in *Iura*, LXIII, 2015, 1 ss.
- NICOSIA G., *Le figure di successio diverse da quella ereditaria*, in *Index*, XLIII, 2015, 165 ss.
- NICOSIA G., *Possessio pignori dantis, possessio precario dantis, possessio in solidum*, in *Iura*, LXIV, 2016, 257 ss.

NITTI S., *Azioni a difesa della proprietà e del possesso nel DCFR*, in *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di C. Marchetti, Torino, 2012.

NOCERA I. L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 712 ss.

NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, in *Immobili e proprietà*, 3, 2013, 161 ss.

OBERTO G., *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, II, Padova, 1999, 729 ss.

OBERTO G., *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 504 ss.

OMODEI SALÉ R., *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012.

ONORATO M., *Donazione del bene altrui e donazione del bene presente nell'asse ereditario indiviso*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 839 ss.

PADULA L., *La «vendita» del possesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 831 ss.

PALAZZO A., voce *Donazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 137 ss.

PALAZZO A., *Le successioni*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000.

PALAZZO A., *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115 ss.

PALERMO G., *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 591 ss.

PALMIERI S., *Preliminare, vizi della cosa e tecniche di tutela*, in *Corriere giur.*, 1997, 48 ss.

PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, in *Corriere giur.*, 1997, 315 ss.

PANETTA R., *La responsabilità civile degli internet provider e la tutela del diritto d'autore*, in *Dir. industriale*, 2017, 61 ss.

PANUCCIO V., voce *Cessione di diritti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 822 ss.

PAOLUCCI G., voce *Legato*, in *Diz. prat. dir. priv. fondato da V. Scialoja*, III, Milano, 1923-1934, 187 s.

PARENTE F., *La liquidazione degli usi civili e il controllo sui vincoli alla circolazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 83 ss.

PASTORE D., *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Notariato*, 2014, 1210 ss.

PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 149 ss.

PATTI S., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284 ss.

PATTI S., *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012.

PELLOSO C., *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008.

PELLOSO C., *Ius, νόμος, ma'at. 'Inattualità' e 'alterità' delle esperienze giuridiche antiche*, in *Lexis*, XXX, 2012, 17 ss.

PELOSI A. C., voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, Torino, 1987, 465 ss.

PEROZZI S., *Della tradizione: suo concetto e natura giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, a cura di U. Brasiello, Milano, 1948.

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928.

PETRONIO U., voce *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 930 ss.

PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Notariato*, 2001, 1059 ss.

PICCIOTTO A., *La "cessione del possesso" tra teoria e prassi, in particolare nelle terre di diritto tavolare*, in *St. iuris*, 2002, 1435 ss.

PINELLI C., *Riflettendo su diritto e potere nella storia romana*, in *Iura*, LVI, 2006-2007, 236 ss.

PIRO I., *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004.

PIROTTA R., *Preliminare di compravendita immobiliare «ad esecuzione anticipata» o «ad effetti anticipati»*, in *Contratti*, 2000, 984 ss.

PIRRUCCIO P., *Possibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*, in *Guida dir.*, 2008, 19, 23 ss.

PITTELLA D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati: inquadramento giuridico e disciplina*, in *Notariato*, 2013, 59 ss.

POLLICE P., *Contributo allo studio del compossesso*, Napoli, 1993.



PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 913 ss.

POZZO B., voce *Unione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1999, 519 ss.

PROTO M., *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1895 ss.

PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1085 ss.

PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 3 ss.

PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Le proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, 145 ss.

PUGLIATTI S., voce *Acquisto*, 1. *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 508 ss.

PUGLIATTI S., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962.

PUGLIATTI S., *Animus*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 127 ss.

PUGLIESE G., *Aspetti del rapporto tra diritto e processo in Roma Antica*, in *Sem. Compl.*, VI, 1994, 19 ss.

PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.

PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006.

PUPPO A. C., *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso "ad usucapionem"*, in *Foro it.*, 2009, I, 3158 ss.

RAMACCIONI G., *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013.

REDENTI E., *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 74 ss.

RESCIGNO P., voce *Proprietà (dir. privato.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 270 ss.

REIMANN M. - ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006

RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001.

RICCOBONO S., *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, 1912, 259 ss. e in *ZSS*, 1913, 159 ss.

RIGHINI E., voce *Strumenti e prodotti finanziari*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 1162 ss.

RINALDO C., *Usucapione e acquisto a non domino delle quote di partecipazione in società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 631 ss.

ROCCO A., *Principi di diritto commerciale, Parte generale*, Torino, 1928, 273.

RODEGHIERO A., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004.

RODOTÀ S., voce *Proprietà (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 130 ss.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, Bologna, 2013.

ROMANO S., voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 721 ss.

ROMANO S., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1960.

ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

ROTONDI G., *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, in *BIDR*, XXX, 1921, 1 ss.

ROTONDI G., *Studii varii di diritto romano e attuale*, Milano, 1922, 94 ss.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1962.

RUGGERI L., *Il pegno rotativo*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, 709 ss.

RUPERTO C., voce *Usucapione (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 101 ss.

RUSSO E., *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010.

RUSSO E., *Vendita e consenso traslativo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 599 ss.

RUSSO RUGGERI C., «*Suae rei emptio consistere non potest*», in «*Sodalitas*». *Scritti in onore di A. Guarino*, 6, Napoli, 1984, 2813 ss.

SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 2014.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.

SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1958.

SACCO R., *Il possesso la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, III, VII, Milano, 1960.

SACCO R., voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 353 ss.

SACCO R., voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 517 ss.

SACCO R., voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 491 ss.

SACCO R., voce *Usucapione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1999, 561 ss.

SACCO R., voce *Accessione del possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, 5, XXIV, Torino, 2010, 1 s.

SACCO R., voce *Circolazione del possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, 5, XXIV, Torino, 2010, 238 ss.

SACCO R., voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 4 ss.

SACCO R., *L'occupazione, atto di autonomia*, *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 343 ss.

SACCO R., voce *Successione nel possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, agg. 5, XXIV, Torino, 2010, 971 s.

SACCO R., voce *Negoziio giuridico*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, I, Torino, 2014, 452 ss.

SACCHI O., *La nozione di ager publicus populi romani nella lex agraria del 111 a.C. come espressione dell'ideologia del suo tempo*, in *The Legal History Review*, 2005, 19 ss.

SALOMONE A., *Intorno alla regula 'nemo plus iuris' (D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.)*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2017, 1 ss.

SALVADORI I., *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016.

SANDIROCCO L., *Diritto e potere: apparenti opposti in rapporto comparativo*, in *Riv. dir. rom.*, XV, 2015, 1 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Il trasferimento del possesso nel contratto con efficacia reale*, in *Ordinamento e diritto civile*, Napoli, 1988, 231 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.

SAPPA C., *Opere orfane: la soluzione europea*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2014, 671 ss.

SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960.

SCALISI V., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 341 ss.

SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria, manifestazione, astrazione, inefficacia*, Milano, 1998, 3 ss.

SCALISI V., *Il diritto civile nelle prolusioni del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 501 ss.

SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1039 ss.

SCHIAVONE A., voce *Negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 906 ss.

SCHIAVONE A., voce *Diritto romano*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, VI, Milano, 2002, 158 ss.

SCHLESINGER P., voce *Arricchimento (Azione di) (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, 1004 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 31 ss.

SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1931.

SCOZZAFAVA O.T., *I beni e le forme giuridiche d'appartenenza*, Milano, 1982.

SEGRÈ G. - MONTEL A., *Il possesso*, Torino, 1956, 251 ss.

SEGRÈ G., *Sulla distinzione delle 'actiones in rem' e 'in personam' per rapporti estranei al 'ius civile' nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XLI, 1993, 81 ss.

SERENI C., *Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*, in *Notariato*, 2005, 169 ss.

SERIO M., *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 109 ss.

SERIO M., *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 559 ss.

SESTA M., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988.

SGOBBO C., *Il preliminare ad effetti anticipati, la consegna del bene e l'usucapione*, in *Corriere del merito*, 2012, 780 ss.

SGOBBO C., *Il possesso rimane res facti intrasferibile per contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 2675 ss.

SICCHIERO G., *Il contratto preliminare*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, a cura di M. Costanza, Milano, 2006.

SICCHIERO G., voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 652 ss.

SOMMA A., *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Mat. St. cult. giur.*, 2011, 461 ss.

SPATUZZO A., *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, in *I contratti*, 2017, 601 ss.

STAGL J.F., *Il trasferimento della proprietà nella vendita dei beni mobili nel Draft Common Frame of Reference e nel Common European Sales Law*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 641 ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 1 ss.

Study group on a European Civil Code - Research group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, edited by Christian von Bar and Eric Clive, Munich, 2009.

TALAMANCA M., voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.

TENELLA SILLANI C., *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989.

TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 8 ss.

TOMASSETTI C., *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Obblig. contr.*, 11, 2008, 905 ss.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 313.

TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite (Prima parte)*, in *St. iuris*, 2009, 1194 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite (Seconda parte)*, in *St. iuris*, 2009, 1325 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, in *Contratti*, 2008, 189 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2, 2008, 160 ss.

TRABUCCHI A., voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 700 ss.

TRABUCCHI A., voce *Legato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 608 ss.

TRABUCCHI A., voce *Occupazione (dir. privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 617 ss.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017.

TRAMONTANO L., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Milano 2010.

TRAVAGLINO G., *Preliminare di compravendita a effetti anticipati: soltanto detenzione per il promissario acquirente?*, in *Corriere del merito*, 2008, 1049 ss.

TRIMARCHI V.M., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, 500 ss.

TROIANO S., *La cessione dei crediti futuri*, Padova, 1999, 65 ss.

TROISI B., *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003.

TROISI B., *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss.

TROISI B. - CICERO C., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, III, Napoli, 2010, 777 ss.

TROISI B., in Troisi B. - Cicero C., *I possessi*, Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato diretto da P. Perlingieri, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss.

TROMBETTA G., *Se in un contratto preliminare ad effetti anticipati il promissario acquirente, in quanto parte di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare, sia mero detentore del bene consegnatogli*, in *Dir. giur.*, 2009, 105 ss.

TURELLI G., *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini ma non congruenti*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2012, 1 ss.

UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 86 ss.

VACCA L., voce *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 989 ss.

VACCA L., *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, in *Sem. Compl.*, VII, 1995, 297 ss.

VACCA L., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Milano, 1997.

VACCA L., *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Milano, 1997.

VACCA L., *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Milano, 1997, 266 ss.

VACCA L., *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Milano, 1997, 193 ss.

VACCA L., *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2004.

VACCA L., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006.

VACCA L., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012.

VACCA L., *La proprietà: Giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Beauchard, Roma 13-14 giugno 2014*, a cura di Letizia Vacca, Napoli, 2015.

VACCARELLA R., *Per le Sezioni Unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 637 ss.

VECCHI P. M., *Possesso, possesso dei diritti e dei beni immateriali ed acquisto del diritto mediante decorso del tempo*, in E. Conte - V. Mannino - P.M. Vecchi, *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Torino, 1999, 129 ss.

VENEZIANO A., voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, IX, Torino, 2014, 274 ss.

VILLANI G., voce *Trasferimento d'azienda*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiorn.*, Torino, 2000, 784 ss.

VILLELLA A., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, IV, Napoli, 2010, 898 s.

VIOLA L., *Ancora sul contratto preliminare ad effetti anticipati: titolo e possesso di diritto reale minore*, in *Vita not.*, 2008, 1725 ss.

VITUCCI P., *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 3 ss.

VISALLI G., *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di «titolo idoneo» ai fini dell'usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, in *Notariato*, 2002, 404 ss.

VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994.

VOCI P., *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007.

VOLTERRA E., voce *Mancipatio*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1957, 97 ss.

VON JHERING R., *Über den Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1869.

VON SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, IV, Torino, 1889.

WACKE A., *Los presupuestos de la responsabilidad par eviccion en Derecho Romano y en Derecho Comparado*, in *Sem Compl.*, IV, 1992, 157 ss.

WIEACKER F., *A History of Private Law in Europe*, Oxford, 1995.

WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, trad. di C. Fadda e C. E. Bensa, I - II, Torino, 1930.

WOLF J.G., *Per una storia dell'emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in *Iura*, LVII, 2001, 29 ss.

ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987.

ZANNINI P., voce *Locazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 94 ss.

ZARRO G., *Aspetti dell'autonomia negoziale dei Romani. Dalla 'fides' ai 'nova negotia'*, Napoli, 2015.

ZEILA A., *Il diritto di proprietà tra ordinamento interno e CEDU*, Frosinone, 2016.

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

ZIMMERMANN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006.

ZOPPINI A., *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 227 ss.

ZORZETTO S., *'Lex specialis derogat generali': tra storia e teoria*, in *'Regulae iuris'. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016, 123 ss.



## **GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ:**

- Cass. 14 dicembre 1989, n. 5623.  
Cass. 11 dicembre 1981, n. 6552.  
Cass. 26 novembre 1986, n. 6977.  
Cass. 27 settembre 1996, n. 8528.  
Cass. 12 novembre 1996, n. 9884.  
Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930.  
Cass. 25 gennaio 2010, n. 1296.  
Cass. 1 marzo 2010, n. 4863.  
Cass. 11 novembre 2004, n. 21425.  
Cass. 5 dicembre 1990, n. 11691.  
Cass. 30 novembre 2012, n. 21491.  
Cass. 25 marzo 1987, n. 2897.  
Cass. 11 novembre 1986, n. 6589.  
Cass. 22 giugno 2000, n. 8486.  
Cass. 30 agosto 2000, n. 11453.  
Cass. 10 settembre 2004, n. 18227.  
Cass. 18 marzo 1986, n. 1842.  
Cass. 15 luglio 2003, n. 11036.  
Cass. 20 agosto 2002, n. 12258.  
Cass. 7 gennaio 2016, n. 107.  
Cass. 20 maggio 2008, n. 12751.  
Cass. 1 dicembre 1992, n. 12832.  
Cass. 30 luglio 1984, n. 4525.  
Cass. 12 gennaio 1977, n. 128.  
Cass. 7 febbraio 1979, n. 839.  
Cass. 16 marzo 2010, n. 6353.  
Cass. 22 marzo 1980, n. 1939.  
Cass. Sez. Un. 2 ottobre 2012, n. 16725.  
Cass. Sez. Un., 24 settembre 1992, n. 12515.  
Cass. 20 maggio 2008, n. 12751.  
Cass. 20 febbraio 2004, n. 3400.

Cass., 27 ottobre 2005, n. 20875.  
Cass. 23 febbraio 2006, n. 4003.  
Cass. 12 gennaio 2011, n. 534.  
Cass. 18 febbraio 2008, n. 3955.  
Cass. 18 dicembre 1985, n. 6436.  
Cass. 18 agosto 1966, n. 2249.  
Cass. 3 luglio 1964, n. 1738.  
Cass. 11 dicembre 1981, n. 6552.  
Cass. 26 agosto 1998, n. 8478.  
Cass. 13 luglio 1998, n. 6813.  
Cass. 13 luglio 1982, n. 4122.  
Cass. 27 giugno 1972, n. 2190.  
Cass. 12 gennaio 2011, n. 534.  
Cass. 12 ottobre 2010, n. 21011.  
Cass., 18 febbraio 2008, n. 3955.  
Cass. 5 luglio 2007, n. 15233.  
Cass. 5 luglio 1997, n. 6093.  
Cass. 15 novembre 2012, n. 20011.  
Cass. 28 ottobre 1983, n. 6390.  
Cass. 28 aprile 2017, n. 10506.  
Cass. 27 febbraio 2017 n. 4948.  
Cass. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5068.  
Cass. 5 gennaio 2017, n. 144.  
Cass. 23 maggio 2014, n.11545.  
Cass. 15 marzo 2016, n. 5068.  
Cass. 23 maggio 2013, n. 12782.  
Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596.  
Cass. 5 maggio 2009, n. 10356.  
Cass. 7 luglio 2000, n. 9106.  
Cass. 23 maggio 2013, n. 12782.  
Cass. 23 maggio 2014, n.11545  
Cass. 11 giugno 2014, n. 13222  
Cass. 27 febbraio 2017 n. 4948.

Cass. 20 giugno 2017, n. 15237.

Cass. 5 gennaio 2017, n. 144.

### **GIURISPRUDENZA DI MERITO:**

Corte di Appello di Bari del 14 febbraio 1994.

Trib. L'Aquila, 14 agosto 2008.

Trib. Benevento, 17 aprile 2009.

Trib. Benevento, 01 aprile 2010.

Trib. Potenza, 21 gennaio 2011.

Trib. Palermo, 27 marzo 2012.

Trib. Busto Arsizio, sez. distacc. Gallarate, 4 maggio 2012.

Trib. L'Aquila, 12 maggio 2016.

Trib. Potenza, 14 marzo 2017.

## INDICE DELLE FONTI

### GAI INSTITUTIONES

Gai. 2.19  
Gai. 2.86  
Gai. 2.94  
Gai. 2.45  
Gai. 2.65  
Gai. 2.89  
Gai. 2.90  
Gai. 4.131  
Gai. 4.153

### DIGESTA

Paul. 12 *ad ed.* D. 4.6.30  
Ulp. 16 *ed ed.* D. 6.1.72  
Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.11  
Ulp. 20 *ad ed.* D. 10.3.7.11  
Cels. 3 *dig.* D. 12.4.16  
Paul 5 *ad Sab.* D. 18.1.15.2  
Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.18.1  
Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1  
Paul 33 *ad ed.* D. 18.1.34.4  
Pomp. 39 *ad q. muc.* D. 18.1.67  
Proc. 6 *epist.* D. 18.1.68.2  
Lab. 4 *post. a Iav. epit.* D. 18.1.78.1  
Lab. 5 *post. Iav. Epitom.* D. 18.1.80.3  
Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1.pr  
Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1.  
Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.2  
Ner. 3 *membr.* D. 19.1.31.2  
Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1

Pap. 27 *quaest.* D. 22.1.4pr.  
 Pomp. 9 *ad Sab.* D. 21.2.16.pr-1  
 Ulp. 29 *ad Sab.* D. 21.2.21.pr-1  
 Pomp. 11 *ad Sab.* D. 21.2.29  
 Pomp. 2 *ex Plaut.* D. 21.3.2  
 Paul. *sing. de iuris et facti ignor.* D. 22.6.9.4  
 Proc. 2 *epist.* D. 41.1.55  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.1  
 Gai. 7 *ad ed. provinc.* D. 41.1.43.1  
 Paul 31 *ad. ed.* D. 41.1.31 pr.  
 Pomp. 32 *ad Sab.* D. 41.2.33  
 Iav. 5 *ex post ab.* D. 41.2.51  
 Iav. 1 *epist.* D. 41.2.23 pr.  
 Iav. 5 *ex. post. Lab.* D. 41.2.51  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.21  
 Proc. 5 *epist.* D. 41.2.27  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.3  
 Ulp. 7 *disp.* D. 41.2.34 pr.  
 Paul 32 *ad Sab.* D. 41.3.31.5  
 Iul. 2 *ex Min.* D. 41.2.  
 Paul 54 *ad ed.* D. 41.2.3.3  
 Ulp. 67 *ad ed.* D. 41.2.24  
 Iul 44 *dig.* D. 41.5.2.2  
 Ulp. 70 *ad ed.* D. 41.2.12  
 Cels. 23 *dig.* D. 41.2.18 pr  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.22  
 Ulp. 72 *ad ed.* D. 41.2.13.2  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.21  
 Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.21  
 Ulp. 70 *ad ed.* D. 41.2.12.1  
 Paul. 63 *ad ed.* D. 41.2.5  
 Ulp. 69 *ad ed.* D. 41.2.10.1  
 Tert. 1 *quaest.* D. 41.2.28

Paul 54 *ad ed.* D. 41.2.1.21  
Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.5  
Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.3  
Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.16  
Pap. 22 *quaest.* D. 41.3.43  
Iulian. 44 *dig.* D. 41.3.33.1  
Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.17  
Iul. 44 *dig.* D. 41.5.2.1  
Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.15.4  
Pap. 26 *quaest.* D. 43.16.18 pr.  
Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.25  
Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.28 pr.